

NJW-Sonderheft
**2. Hannoveraner
ZPO-Symposium**
20. September 2003

Universität Hannover 



Verlag C. H. Beck · München · Frankfurt a. M.

Inhalt

Elisabeth Heister-Neumann , Grußwort zur Eröffnung des 2. Hannoveraner ZPO-Symposiums	2
Volkert Vorwerk , Berufungsrichter, Tatrichter oder Revisionsrichter – Die ungeklärten Fragen in der Praxis	4
Bruno Rimmelpacher , Berufungsrichter: Tatrichter oder Revisionsrichter – Systematisierung der Praxisfragen aus der Sicht der Wissenschaft	11
Reinhard Gaier , Die Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BGH	18
Johannes Hager , Die Zulassung der Revision im Licht des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs	23
Berndt Netzer , Die Neuregelungen des Beweisrechts im geplanten Justizmodernisierungsgesetz	28
Jürgen Oehlerking , Die Neuregelungen des Beweisrechts im geplanten Justizbeschleunigungsgesetz	30
Christoph Knauer/Christian Wolf , Das neue Beweisrecht des Justizmodernisierungs- und des Justizbeschleunigungsgesetzes – ein Verstoß gegen die Prinzipien von ZPO und StPO?	33

Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

Redaktion:

Rechtsanwalt *Martin W. Huff* (verantwortlich für den Textteil); Rechtsanwältin *Nathalie Dennier*.
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a.M., Postanschrift: Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a.M.,

Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax: (0 69) 75 60 91-49.
E-Mail: Redaktion@beck-frankfurt.de
Internet: www.njw.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt

auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Verlag: Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Post-

anschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6 229-8 02, BLZ 700 100 80.

Bestellungen an:

NJW-Redaktion
Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a.M., Fax: (0 69) 75 60 91-49.
E-Mail: NJW@beck-frankfurt.de

Druck: Druckerei C.H. Beck (Adresse wie Verlag).

NJW-Sonderheft

2. Hannoveraner ZPO-Symposium

20. September 2003

Herausgegeben von Professor Dr. Christian Wolf, Universität Hannover,
Rechtsanwalt beim BGH Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe, Rechtsanwalt Dr. Ulrich Scharf,
Rechtsanwaltskammer Celle, Rechtsanwalt Martin W. Huff, NJW-Chefredaktion, Frankfurt a. M.

Redaktion: Rechtsanwalt Martin W. Huff und Rechtsanwältin Nathalie Dennier,
Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

Vorwort

Mit dem vorliegenden Sonderheft der NJW zum „2. Hannoveraner ZPO-Symposium“ am 20. 9. 2003 wird die Veranstaltung dokumentiert. Thematisch knüpfte das Symposium an das „1. Hannoveraner ZPO-Symposium“ im Jahr 2000 an. Im Mittelpunkt der Diskussion auf dem 1. Symposium stand der Referentenentwurf des ZPO-Reformgesetzes. Ging es 2000 noch um die rechtspolitische Frage, ob die Berufungsinstanz als zweite Tatsacheninstanz gänzlich abgeschafft und zu einem reinen, auf Rechtsfehler beschränkten, Kontrollverfahren umgebaut werden soll, stand jetzt der im Gesetzgebungsverfahren gefundene Kompromiss des § 529 ZPO im Mittelpunkt der ersten beiden Referate (*Vorwerk* und *Rimmelspacher*). Unter der Überschrift „Berufungsrichter, Tatrichter oder Revisionsrichter?“ wurde der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen im Berufungsverfahren der Richter von den in erster Instanz festgestellten Tatsachen abweichen kann. Der zweite Themenblock befasste sich mit dem im Rahmen des ZPO-Reformgesetzes gleichfalls geänderten Zugang zum BGH. Anstelle von Streitwert- und Zulassungsrevision trat ein einheitliches System von Zulassungsrevision mit Nichtzulassungsbeschwerde. Unter der Generalüberschrift „Revision – Individualrechtsschutz im Allgemeininteresse?“, untersuchte zunächst *Gaier* das Recht der Nichtzulassungsbeschwerde aus Sicht der BGH-Rechtsprechung. Im Anschluss maß *Hager* das neue Revisionsrecht am allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch und durchleuchtete den Begriff der Divergenz neu. Mit dem dritten Themenkomplex, welcher unter dem Motto stand „Effizienz oder Rechtsstaat – Was kommt noch?“, kehrte das Symposium auf das Gebiet der Rechtspolitik zurück, nachdem bereits einleitend *Heister-Neumann* die rechtspolitischen Akzente der neuen niedersächsischen Landesregierung vorgestellt hatte. Mit den Referaten von *Netzer* und *Oehlerking* wurden die geplanten Bindungswirkungen des Strafurteils für den Zivilprozess in den Entwürfen des Justizmodernisierungs- und Justizbeschleunigungsgesetzes vorgestellt. Die kritische Bewertung der geplanten Neuregelungen übernahmen in einem gemeinsamen Referat *Chr. Wolf* und *Knauer* (vgl. zum dritten Themenkomplex auch der Bericht von *S. Lange/Chr. Müller*, ZRP 2003, 410).

Ziel der Veranstalter des „Hannoveraner ZPO-Symposiums“ ist es, ein Forum des Dialogs zwischen Wissenschaft und Praxis zur Verfügung zu stellen. Gerade im Prozessrecht als „law in action“ können wechselseitige Denkanstöße sich als besonders fruchtbar erweisen. Dieser Zielrichtung entsprach es, dass die Themen immer von einem Praktiker und einem Wissenschaftler in zwei aufeinander bezogenen Referaten behandelt wurden. Zu einem lebendigen Forum wurde das Symposium mit seinen über 150 Teilnehmern aber erst, weil Wissenschaft, Anwaltschaft und Richterschaft gleichermaßen zahlreich der Einladung nach Hannover folgten und sich an dem Dialog in der Diskussion beteiligten.

Hannover ist auf das engste mit der Entstehung der Reichs-Civilprozeßordnung verbunden. Stand die Kodifikation des BGB am Ende der wissenschaftlichen Epoche der Pandektistik, setzte die moderne Prozessrechtswissenschaft erst nach der Kodifikation der ZPO ein. Die Orientierung für die Kodifikation gaben daher weit aus weniger Lehrbücher, sondern in- und ausländische Prozessordnungen vor. Eine herausragende Bedeutung kam dabei der bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 8. 11. 1850 zu, welche aus der Feder von *Adolf Leonhardt* stammte. Aus diesem Grund wurde Hannover auch zum Sitz der vom Deutschen Bund eingesetzten Kommission zur Erarbeitung einer einheitlichen Zivilprozeßordnung gewählt. *Adolf Leonhardt* wirkte nicht nur in dieser Kommission maßgeblich mit, sondern hatte später als preußischer Justizminister entscheidenden Einfluss auf die vier Reichsjustizgesetze des Jahres 1876 (GVG, ZPO, StPO, KO).

Diese prozessrechtliche Tradition Hannovers ist für die Veranstalter des „Hannoveraner Symposiums“ Verpflichtung und Anspruch zugleich. Das nächste Hannoveraner ZPO-Symposium wird 2005 durchgeführt werden.

Christian Wolf, Volkert Vorwerk, Ulrich Scharf, Martin W. Huff

Landesjustizministerin Elisabeth Heister-Neumann, Hannover

Grußwort zur Eröffnung des 2. Hannoveraner ZPO-Symposiums

I. Einführung

Knapp zwei Jahre nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses ist es Zeit, eine Zwischenbilanz zu ziehen. Ich freue mich, dass diese wichtige Veranstaltung in Hannover stattfindet und danke Herrn Professor Dr. Christian Wolf für sein großes Engagement bei der Initiierung und Vorbereitung dieses Symposiums. Mein Dank gilt auch den weiteren Mitveranstaltern, Herrn Rechtsanwalt beim BGH Dr. Volkert Vorwerk, der Rechtsanwaltskammer Celle und der Neuen Juristischen Wochenschrift, namentlich ihrem Chefredakteur und Moderator der heutigen Veranstaltung, Herrn Rechtsanwalt Martin Huff.

Änderungen des zivilen Verfahrensrechts sind in der Regel wenig spektakulär. Außerhalb der Fachöffentlichkeit finden sie kaum Beachtung. Das war bei der ZPO-Reform anders. Wie kaum ein anderes Reformvorhaben der zurückliegenden Jahrzehnte hat sie im politischen Raum sowie bei den betroffenen Berufskreisen lebhaft Diskussionen, ja Kontroversen ausgelöst, die teilweise den Charakter von Glaubenskriegen trugen. Aber auch in der breiten Öffentlichkeit fand sie breiten Widerhall, nicht zuletzt deswegen, weil sich die Bundesrechtsanwaltskammer in ganzseitigen Anzeigen, die in mehreren überregionalen Tageszeitungen erschienen, gegen die Reform wandte und die Bürgerinnen und Bürger vor den aus ihrer Sicht mit der Reform verbundenen Einschränkungen des Rechtsschutzes warnte.

Was war nun das Besondere an der ZPO-Reform? Die Urheber des Vorhabens hatten das damals geltende Verfahrensrecht einer „Schwachstellenanalyse“ unterzogen und dabei einen „Reformstau“ ausgemacht. Dem stellten sie einen „strukturellen Lösungsansatz“ gegenüber, mit dem die Ziviljustiz effizienter, transparenter und bürgerfreundlicher gemacht werden sollte. Nicht alle der in fünf Leitlinien formulierten Reformziele konnten im Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt werden. So scheiterte etwa die Konzentration der Berufungszuständigkeiten bei den Oberlandesgerichten am nachdrücklichen Widerstand der Länder. Gleichwohl hat die ZPO-Reform das Verfahrensrecht wesentlich umgestaltet. Ich nenne hier nur die Einführung der obligatorischen Güteverhandlung, die Ausweitung des Einsatzes von Einzelrichtern bei den Land- und Oberlandesgerichten, die Beschränkung des Prüfungsumfangs des Berufungsgerichts und die Neuordnung des Zugangs zum Revisionsgericht.

Obwohl die Zivilgerichte das neue Recht seit nahezu zwei Jahren anwenden, ist die Kritik an der Reform nicht verstummt. Erst vor wenigen Tagen hat Egon Schneider zu einem Rundumschlag gegen die Reform ausgeholt. In einem in der Monatschrift für Deutsches Recht veröffentlichten Aufsatz hat er Bilanz gezogen. Die Attribute, mit denen er einzelne Regelungen der Reform kritisiert, lassen an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Sie reichen von „misslungen“ über „praxisfeindlich“ bis hin zu „verfassungswidrig“.

Auch für uns ist es Zeit zu fragen, ob die mit der Reform verfolgten ehrgeizigen Ziele erreicht worden sind. Abschließende Antworten wird es heute nicht geben. Dazu bedarf es umfassender Erhebungen und Befragungen, die im Rahmen der vom Bundesministerium der Jus-

tiz beabsichtigten Evaluation der Reform durchgeführt werden sollen. Ich bedauere, dass mit der Evaluation bis heute, also fast zwei Jahre nach dem In-Kraft-Treten der Reform, noch immer nicht begonnen worden ist. Die Ergebnisse der Evaluation werden deshalb sicherlich nicht vor dem Herbst des kommenden Jahres vorliegen. Deshalb ist es umso wichtiger, schon heute unter Praktikern, Wissenschaftlern und Rechtspolitikern *sine ira et studio* über erste Erfahrungen mit der ZPO-Reform zu diskutieren. Dem dient dieses Symposium.

II. Ständige Modernisierungsarbeit an der ZPO

Wer geglaubt hatte, der Gesetzgeber werde der Zivilprozessordnung nach der ZPO-Reform eine Atempause gönnen, sieht sich getäuscht. Schon haben neue Gesetzesentwürfe mit zahlreichen Vorschlägen zur Änderung des Verfahrensrechts den Deutschen Bundestag erreicht, mit denen Bundesregierung und Bundesrat die Justiz modernisieren und beschleunigen wollen. Teilaspekte dieser Entwürfe werden Sie heute Nachmittag beschäftigen.

Ich habe aber erhebliche Zweifel, ob die angestrebte Modernisierung der Justiz allein mit punktuellen Änderungen des Verfahrensrechts erreicht werden kann. Eine Modernisierung der Justiz, die diesen Namen verdient, sieht anders aus. Sie kann sich nicht auf einen bunten Strauß von Änderungen des Prozessrechts beschränken, sondern muss einen umfassenderen Ansatz wählen, der die Bereitschaft zu grundlegenden strukturellen Änderungen der gesamten Justiz einschließt.

1. Ausgangslage der Justizmodernisierung

Werfen wir einen Blick auf die Ausgangslage: Die Finanzlage der öffentlichen Hand ist – das ist mittlerweile unumstritten – desaströs. Auch das Land Niedersachsen befindet sich in einer prekären finanziellen Lage. Diese finanzielle Notlage zwingt alle Landesressorts vorrangig und unmittelbar, die Ausgabenseite zu durchleuchten. Dies gilt auch für die extrem personalintensive Justiz. Und so stöhnen die betroffenen Berufsgruppen und deren Leistungsabnehmer unter dem Druck kontinuierlicher Sparrunden mehr und mehr auf.

Parallel zu diesem Druck wächst die Erkenntnis, dass es nicht wie bislang weitergehen kann, wächst die Bereitschaft zu strukturellen Veränderungen. Hierin liegt eine große Chance für die dringend notwendige grundlegende Modernisierung der Justiz. Man mag es beklagen, aber die offen darliegende Not der öffentlichen Haushalte vermag meines Erachtens Kräfte zu mobilisieren. Kräfte, ich erlaube mir in diesem Zusammenhang auf die interessanten Ausführungen anlässlich der Tagung des Deutschen Richterbundes hinzuweisen, die geeignet sind, mit Engagement mitzuhelfen, unser Justizsystem zu entrümpeln.

2. Neubestimmung und Neuorganisation der Justiz

Nach jahrzehntelanger Systemdifferenzierung und Ausweitung justizieller Angebote ist es höchste Zeit für eine grundlegende Neubestimmung und Neuorganisation der Justiz. Schließlich muss die Festplatte eines Computers auch von Zeit zu Zeit aufgeräumt werden, um zu verhindern, dass er langsamer und langsamer wird und schließ-

lich abstürzt. Soweit darf es mit der Justiz nicht kommen. Ich sehe mich daher in der Pflicht, darauf hinzuwirken, dass auch auf lange Sicht gewährleistet ist, dass die Justiz dem Bürger schnell und kompetent zu seinem Recht verhilft. Dies wird in Zukunft nur möglich sein, wenn sich die Justiz auf die Aufgaben konzentriert, die unabdingbar sind, um den Rechtsfrieden in unserer Demokratie zu gewährleisten. Von den übrigen Aufgaben sollte sie sich so schnell wie möglich trennen.

3. Vorschläge zur „Entrümpelung“ der Justiz

Was das für den Bereich der Justiz konkret bedeuten kann, will ich an einigen Beispielen erläutern:

a) Übertragung der Registerführung auf die Industrie- und Handelskammern

Schon recht weit gediehen sind die Überlegungen für die Übertragung der Registerführung auf andere Institutionen, namentlich die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern. Eine entsprechende Änderung des Bundesrechts ist hoffentlich demnächst zu erwarten. Den Ländern soll durch eine Öffnungsklausel die Möglichkeit eröffnet werden, die Registerführung auf Dritte zu übertragen. Ich begrüße diese Bestrebungen sehr und werde mich nachdrücklich dafür einsetzen, dass auch in Niedersachsen von der zu erwartenden Öffnungsklausel Gebrauch gemacht wird. Mein Haus ist bereits in einen fruchtbaren Dialog mit dem Niedersächsischen Industrie- und Handelskammertag sowie den Handwerkskammern eingetreten, die die grundsätzliche Bereitschaft zur Übernahme der Register signalisiert haben. Die Klärung der mit der Aufgabenverlagerung zusammenhängenden organisatorischen, personellen und technischen Fragen bereiten wir vor, um alsbald nach einer bundesgesetzlichen Änderung in Niedersachsen auch tatsächlich die Registerführung übertragen zu können.

b) Ausgliederung von Aufgaben ins Gerichtsvollzieherwesen

Ein weiterer Schwerpunkt der Überlegungen zur Ausgliederung von Aufgaben ist das Gerichtsvollzieherwesen. Schon seit geraumer Zeit liegen Vorschläge auf dem Tisch, die auf die Schaffung eines freien und selbstständigen Gerichtsvollziehersystems abzielen. Die Gerichtsvollzieher, die jetzt Beamte des mittleren Dienstes sind, würden – so die Idee – freiberuflich, also ähnlich wie etwa Notare, tätig. Sie würden dann nicht mehr vom Land besoldet, sondern sich direkt aus den von ihnen vereinnahmten Gebühren finanzieren. Das könnte nicht nur zu einer Entlastung des Justizhaushaltes führen, sondern auch zu einer Rechtsvereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union beitragen. In den meisten europäischen Staaten – so insbesondere auch in Frankreich, Großbritannien, Belgien und den Niederlanden – sind die Gerichtsvollzieher freiberuflich oder als Gebührenbeamte tätig.

Unser System des beamteten Gerichtsvollziehers in diese Richtung zu reformieren, geht natürlich nicht von heute auf morgen. Derzeit wird eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe eingerichtet, die die Möglichkeiten und Auswirkungen einer teilweisen oder vollständigen Privatisierung prüfen soll. Sie wird eine Reihe schwieriger Rechtsfragen zu lösen haben und sich auch mit den von mancher Seite erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken auseinandersetzen müssen. Erst nach Abschluss dieser Prüfung wird sich zeigen, ob sich eine grundlegende Reform des Gerichtsvollzieherwesens in die skizzierte Richtung sinnvoll realisieren lässt. Denn eines ist klar: eine Aufgabenverlagerung kann kein Selbstzweck sein. Sie macht nur dann Sinn, wenn damit tatsächlich ein positiver Effekt erzielt werden kann. Insbesondere muss gewährleistet sein, dass Zwangsvollstreckungen zuverlässig und mit der gebotenen Schnelligkeit durchgeführt werden.

c) Aufgabenverlagerung an Notare

Eine weitere, bislang kaum genutzte Möglichkeit der Verlagerung von Aufgaben sehe ich in einer stärkeren Einbindung der Notare. Als Träger eines öffentlichen Amtes sind sie Teil der vorsorgenden Rechtspflege und kommen schon von daher für weitere bislang gerichtliche Tätigkeiten in Betracht. Seit Jahren liegen Vorschläge der Bundesnotarkammer vor, die eine Übertragung von Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare zum Ziel haben. Vorgeschlagen wird z. B. die Übertragung der Erbscheinerteilung auf Notare, aber auch die Vornahme einverständlicher Ehescheidungen. Eine Umsetzung dieser Vorschläge würde gerade den stark belasteten Amtsgerichten zu Gute kommen; sie könnten in erheblichem Umfang entlastet werden. Schon deshalb ist es dringend erforderlich, die Diskussion über diese Vorschläge erneut zu eröffnen, um zu versuchen, die bislang gegen diese Maßnahmen erhobenen Bedenken zu überwinden.

4. Effektivitätssteigerung der Justiz

Die Modernisierung der Justiz muss neben einer Beschränkung auf die Kernaufgaben weitere strukturelle Überlegungen einbeziehen. Ich möchte insoweit zwei Themenbereiche ansprechen, die zwar schon wiederholt diskutiert, aber bis heute nicht umgesetzt worden sind.

a) Verringerung der Anzahl der Gerichtsbarkeiten

Für besonders wichtig halte ich aber eine Prüfung der Frage, ob im Interesse einer Steigerung der Effektivität der Justiz die Zahl der Gerichtsbarkeiten verringert werden sollte. Dabei denke ich an eine Zusammenfassung der ordentlichen mit der Arbeitsgerichtsbarkeit sowie eine Zusammenführung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten, also der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit. Eine solche Maßnahme würde vor allem einen flexiblen Einsatz von Richtern ermöglichen; Belastungsunterschiede, wie sie aktuell bei den Gerichten der Verwaltungs- und der Sozialgerichtsbarkeit bestehen, könnten ohne aufwändige Stellenverlagerungen vom Präsidium des dann einheitlichen Gerichts durch Änderungen der gerichtlichen Geschäftsverteilung ausgeglichen werden.

Schon der von der früheren CDU-geführten Bundesregierung eingesetzte Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ hatte in seinem im Herbst 1997 vorgelegten Abschlussbericht eine Prüfung dieser Frage angeregt, ohne dass daraus Folgerungen gezogen worden sind.

Die bisherige Aufgliederung in insgesamt fünf Gerichtsbarkeiten stellt zudem einen Fremdkörper im zusammenwachsenden Europa dar. Es überwiegen Modelle mit zwei Gerichtsbarkeiten, einer zivil- und einer öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit, wie etwa in Frankreich und Österreich, oder mit einer Einheitsgerichtsbarkeit, z. B. in Großbritannien und Tschechien. Nicht nur für Juristen aus den Nachbarländern, auch für die Bürgerinnen und Bürger ist die bisherige Abgrenzung zwischen den drei öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten kaum nachvollziehbar.

Zu welchen Problemen die Differenzierung unserer Justiz in fünf Gerichtsbarkeiten führen kann, macht der Entwurf eines Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt deutlich. Nach dem so genannten Hartz IV-Gesetz, das derzeit in den Ausschüssen des Bundesrates beraten wird, sollen die Arbeitslosenhilfe und die Sozialhilfe zum Arbeitslosengeld II zusammengefasst werden. Nun sind aber nach geltendem Recht für Rechtsstreitigkeiten um Arbeitslosenhilfe die Sozialgerichte, für solche um Sozialhilfe die Verwaltungsgerichte zuständig. Es stellt sich daher die Frage, welche Gerichtsbarkeit für Streitig-

keiten über die neue Sozialleistung Arbeitslosengeld II zuständig sein soll. Weil eine größere Sachnähe zu verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten angenommen wird, will der Gesetzentwurf der Bundesregierung die Rechtswegzuständigkeit den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuweisen.

Es gibt aber durchaus gewichtige Gründe für eine Zuweisung dieser Streitsachen an die Sozialgerichtsbarkeit. So ist vor allem zu befürchten, dass durch die Neuregelung Gerichte unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten für im Wesentlichen gleichartige Sachverhalte zuständig sein werden. Zu denken ist etwa an Rechtsstreitigkeiten, in denen über die Frage der Erwerbsfähigkeit einer Person zu entscheiden ist.

Unsicherheiten über den Rechtsweg in derartigen Streitigkeiten lassen sich nur dann vermeiden, wenn eine einheitliche öffentlich-rechtliche Fachgerichtsbarkeit errichtet wird, die zumindest die Sozial- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit umfasst.

b) Nutzung der Synergieeffekte bei Konzentration der Gerichtsbarkeiten

Aber nicht nur die Beseitigung dieser Rechtswegunsicherheiten legt die Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit nahe, sondern auch die mit einer Konzentration verbundenen erheblichen Synergieeffekte. Ob durch eine Zusammenfassung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten eine Steigerung der Effizienz erreicht werden kann, ist bei früherer Gelegenheit von der gerichtlichen Praxis nachhaltig bezweifelt worden. Insbesondere die kleineren Gerichtsbarkeiten haben betont, dass es wegen der Komplexität und Differenziertheit der ihnen zugewiesenen Spezialmaterien auch nach Bildung einer öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit unerlässlich sei, fachlich spezialisierte Spruchkörper beizubehalten.

Ich halte eine solche Argumentation nicht für überzeugend. Natürlich sollen auch in einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit weiterhin spezialisierte Spruchkörper erhalten bleiben, deren Mitglieder wegen des Spezialwissens auch längerfristig jeweils einer „Fachrichtung“ angehören sollen. Gleichwohl ist im Bedarfsfall eine schnelle Reaktion bei der Geschäftsverteilung mög-

lich und unverzichtbar. So würde etwa einem mit Asylsachen befassten Richter bei einem deutlichen Rückgang der Eingangszahlen durchaus ein Wechsel des Spruchkörpers zugemutet werden können, wenn eine mit sozialrechtlichen Materien befasste Kammer dringend der Entlastung bedarf. Vergleichbar ist die Situation in der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei einem Wechsel zwischen den Gebieten Straf- und Zivilrecht.

III. Fazit

Zum Schluss möchte ich wieder zu unserem Ausgangspunkt zurückkehren, der ZPO-Reform. Vor allem in der seinerzeit vorgeschlagenen Konzentration aller Berufungen bei den Oberlandesgerichten wurde vielfach ein Schritt hin zu einem dreistufigen Aufbau der ordentlichen Gerichtsbarkeit gesehen, den es zu bekämpfen gelte. Mir ist bewusst, dass das Thema „Dreistufigkeit“, das in den siebziger und erneut in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts intensiv diskutiert worden ist, für viele auch heute noch ein rotes Tuch ist. Trotzdem will ich nicht verhehlen, dass zahlreiche Argumente für die Bildung einheitlicher Eingangsgerichte und eine entsprechende Umorganisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit sprechen. Die heutige Gliederung der größten Gerichtsbarkeit in Amts-, Land- und Oberlandesgerichte sowie den BGH ist nur historisch zu erklären. Das Nebeneinander von Amts- und Landgerichten mit unterschiedlichen erstinstanzlichen Zuständigkeiten und unterschiedlichen Rechtsmittelwegen ist ein Anachronismus, der in anderen Gerichtsbarkeiten keine Entsprechung findet. Angesichts der auf die ZPO-Reform zurückgehenden starken Ausweitung des Einsatzes von Einzelrichtern bei den Zivilkammern der Landgerichte müssen auch die Strukturen der ordentlichen Gerichtsbarkeit überdacht werden. Ebenso wie eine Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten lässt ein dreistufiger Aufbau der ordentlichen Gerichtsbarkeit eine Steigerung der Effizienz erwarten. Auch wenn sich ein solcher Umbau über einen längeren Zeitraum erstrecken würde, spricht doch einiges dafür, dieses Thema erneut auf die Tagesordnung zu setzen und intensiv zu diskutieren.

Ich wünsche Ihnen allen spannende Referate, lebhaft Diskussionen und einen ertragreichen Tag.

Rechtsanwalt beim BGH Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe

Berufungsrichter, Tatrichter oder Revisionsrichter – Die ungeklärten Fragen in der Praxis*

I. Abgrenzung Tatrichter – Revisionsrichter

Dem Berufungsverfahren ist neue Gestalt gegeben worden¹. Die Motive zum Zivilprozessreformgesetz² (ZPO-RG) sprechen davon, künftig sei es Funktion der Berufung, das erstinstanzliche Urteil auf die korrekte Anwendung des materiellen Rechts sowie auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Feststellung hin zu überprüfen und etwaige Fehler zu beseitigen. In den Motiven³ heißt es dann weiter, „Konsequenz der Funktionsdifferenzierung zwischen den Instanzen [sei] die in § 529 ZPO festgeschriebene Bindung des Berufungsgerichts an richtige und vollständige Tatsachenfeststellungen in erster Instanz, soweit nicht zulässiges neues Parteivorbringen in der Berufungsinstanz ... anderweitige Feststellungen rechtfertigt“. Die Motive erwecken demnach den Eindruck, als

habe der Berufungsrichter die Entscheidung erster Instanz als Prozessstoff grundsätzlich so zu übernehmen, wie sie vom Richter erster Instanz aufbereitet worden ist. Hat der Berufungsrichter keine Zweifel an den getroffenen Tatsachenfeststellungen, scheint er – folgt man den Motiven – auf dem vom Richter erster Instanz vorbereiteten Weg weiter voranschreiten zu müssen; andere Wege zur Entscheidung des Rechtsstreits scheinen ihm versperrt zu sein, wenn es dazu anderer und damit – und sei es nur teilweise – neuer Feststellungen bedarf.

* Ergänzte Fassung des auf dem Symposium gehaltenen Vortrags.

1) BT-Dr 14/4722, S. 64.

2) BT-Dr 14/4722, S. 64.

3) BT-Dr 14/4722, S. 64.

Die Motive werfen folglich die Frage auf, welche Funktion dem Berufungsrichter im Instanzenzug zugewiesen ist. Ist er weiterhin Tatrichter oder jetzt teils Tatrichter und teils Revisionsrichter? Wird zu dieser Frage Stellung genommen, heißt es in der Regel, der Berufungsrichter habe nunmehr eine Doppelfunktion⁴. Das ist unzutreffend; wobei bei der Abgrenzung zwischen Tatrichter und Revisionsrichter allerdings im Auge zu behalten ist, dass die Pflicht zur einwandfreien Rechtsanwendung, die seit eh und je für den Tatrichter herkömmlichen Rechts galt und gilt, aus dem Tatrichter keinen Revisionsrichter macht. Auch die Normen⁵, die der Beschränkung des Prozessstoffes dienen, sind nicht geeignet, aus dem Tatrichter einen Revisionsrichter werden zu lassen. Über die Verspätungsregeln⁶ hatte sich der Tatrichter auch nach früherem Recht auf den in der Berufungsinstanz noch zulässig zu verwertenden Streitstoff zu beschränken.

Unterlag eine Verfahrensrüge einem Rügeverzicht, hatte der Tatrichter alter Prägung diese Verfahrensfehler auch nicht ausmerzen. Die Entscheidung, ob Tat- oder Revisionsrichter, lässt sich daher nicht danach treffen, dass Verfahrensrügen nach neuem Recht in der Berufungsinstanz ausdrücklich erhoben werden müssen⁷. Schon nach altem Recht hatte der Berufungsführer die Glaubwürdigkeitsprüfung eines Zeugen nach Richterbankwechsel zu rügen, da es sich um eine verzichtbare Rüge handelt⁸; wobei sich die Liste verzichtbarer Rügen beliebig erweitern lässt⁹. Der Berufungsrichter geltenden Rechts ist demnach nicht schon deshalb als Revisionsrichter anzusehen, weil er jetzt ein unzulässiges Teilurteil des Richters erster Instanz nur auf eine erfolgte Rüge aufzuheben hat¹⁰.

Für die Abgrenzung Tat- oder Revisionsrichter bedeutsam ist vielmehr, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen § 529 ZPO im Revisionsverfahren gerügt werden kann. Lässt sich im Revisionsverfahren die Verletzung des § 529 ZPO mit dem Ziel rügen, dass die Feststellungen des Erstrichters und nicht die des Berufungsrichters dem Berufungsverfahren hätte zu Grunde gelegt werden müssen, hat der Berufungsrichter seine abweichenden tatsächlichen Feststellungen außerhalb der ihm im Rahmen des § 529 ZPO noch übertragenen tatrichterlichen Kompetenzen getroffen. Das heißt: Er hat seine Entscheidung auf einen Prüfungsstoff gestützt, den er der Entscheidung nicht hat zu Grunde legen dürfen, weil der verwertete Prüfungsstoff ihm nicht angefallen ist. Sind die Feststellungen des Berufungsrichters für den Revisionsrichter allerdings auch dann beachtlich, wenn der Berufungsrichter den Sachverhalt weiter aufklärt oder seine Entscheidung auf einen anderen Sachverhalt stützt, ohne dass ersichtlich ist, warum der Berufungsrichter Zweifel an den vom Richter erster Instanz getroffenen Feststellungen gehegt hat, bestimmt der Berufungsrichter seinen Prüfungsstoff eigenverantwortlich. Er ist von seiner Funktion her dann weiterhin Tatrichter.

II. Der in der Berufungsinstanz angefallene Prüfungsstoff

1. Abgrenzung Prüfungsstoff – Prozessstoff

Prüfungsstoff und Prozessstoff sind voneinander zu trennen. Im Revisionsverfahren ist der gesamte Prozessstoff nicht zugleich auch Prüfungsstoff des Revisionsrichters. Der Prüfungsstoff des Revisionsrichters wird vielmehr durch die Feststellungen des Tatrichters, die mit Tatbestandswirkung ausgestattet sind, bestimmt; ferner durch solche Feststellungen, die die Rechtsprechung des Revisionsgerichts dem Tatrichter überantwortet hat. Dazu gehört u. a. die Beweiswürdigung¹¹ und die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe¹²; außerdem die Auslegung von Willenserklärungen¹³ und Verträgen¹⁴. Für Tatbestandsfeststellungen entfällt die Bindungswirkung

für den Revisionsrichter nur dann, wenn sie widersprüchlich sind; die Tatbestandsfeststellung mithin mit einer anderen Feststellung des Berufungsgerichts in Widerspruch steht¹⁵. Gegenüber anderen tatsächlichen Feststellungen müssen zulässige und begründete Verfahrensrügen ausgebracht werden; anderenfalls binden sie (§ 559 II ZPO). Revisionsrichter wäre der Berufungsrichter also nur dann, wenn er sich seinen Blick verstellen muss; wenn er für die von ihm zu treffende Entscheidung nicht aus eigener Kompetenz auf den Prozessstoff erster Instanz zurückgreifen darf; wenn die Entscheidung erster Instanz quasi eine Hürde aufbaut, über die der Berufungsrichter nicht „hinwegspringen“ kann. Will der Berufungsrichter nicht über die von der Entscheidung erster Instanz festgestellten Tatsachen „hinwegspringen“, betrifft dies eine völlig andere Frage. In diesem Fall ist zu prüfen, ob der Berufungsrichter in seinem Ermessen, den Sachverhalt aufzuklären, gebunden war. Ermessensbindung ist demnach die Grenze der Ermessensfreiheit, den Sachverhalt zutreffend festzustellen.

Für die Abgrenzung, Tatrichter oder Berufungsrichter stellt sich folglich die Frage, ob der Revisionsrichter den Berufungsrichter „zurechtweisen“ kann; ob er ihm auf Grund einer erhobenen Revisionsrüge sagen kann, er habe die vom Richter erster Instanz und nicht die selbst festgestellten Tatsachen der Entscheidung zu Grunde zu legen. Zu fragen ist daher: Kann der Berufungsrichter den von dem Richter erster Instanz entschiedenen Sachverhalt neu modellieren, auch wenn er keine Zweifel an den getroffenen Tatsachenfeststellungen hat?

Die Antwort auf jene gestellte Frage erscheint auf den ersten Blick einfach. Der Berufungsrichter hat sich trotz fehlender Zweifel nicht an die festgestellten Tatsachen gehalten. Ein Verstoß gegen geltendes Verfahrensrecht liegt vor. So einfach ist die Beantwortung der gestellten Frage jedoch nicht. Nicht jeder Verfahrensfehler, der im Rahmen der Tatsachenfeststellung unterläuft, führt zum Ausschluss der verfahrensfehlerhaft ermittelten Tatsache. So ermöglicht etwa die fehlerhafte Anwendung der Verspätungsregeln nur dann eine durchgreifende Rüge¹⁶, wenn über die fehlerhafte Anwendung jener Regeln Parteivorbringen ausgeschlossen worden ist. Hat der Tatrich-

4) So wohl *Rimmelspacher*, in diesem Heft, S. 11.

5) §§ 529, 531, 533, 296 ZPO.

6) Ferner auf Grund des § 530 ZPO a.F. sowie aller anderen den Prozessstoff beschränkenden Normen.

7) § 529 II ZPO; vgl. auch *Musielak/Ball*, ZPO, 3. Aufl., § 529 Rdnr. 23; *Zöller/Gummer*, ZPO, 23. Aufl., § 529 Rdnr. 13.

8) Vgl. BGH, NJW 1995, 1292 (1293); BGH, NJW 1991, 1180; vgl. auch BGHZ 40, 179 (183) = NJW 1964, 108.

9) Vgl. die Zusammenstellung bei *Zöller/Greger* (o. Fußn. 7), § 295 Rdnr. 3.

10) Es handelt sich insoweit um einen nicht von Amts wegen zu korrigierenden Verfahrensfehler. Vgl. aber BGH, NJW 2003, 2380 (2381).

11) Vgl. nur BGH, WM 1993, 902 (905 f.); BGH, NJW-RR 1992, 1312 (1393); BGH, NJW-RR 1992, 920 (921); BGH, VersR 1991, 566; BGHR ZPO § 286 Abs. 1 Revisionsrüge 1.

12) Vgl. etwa zur Auslegung des Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“: BGH, NJW-RR 1997, 1467; BGH, WM 1996, 2023; BGHR BGB § 242 – Kündigung wichtiger Grund 11; BGH, WM 1993, 1474; BGH, NJW-RR 1992, 992; BGH, WM 1991, 635.

13) BGH, WM 1998, 2075 (2076); BGH, NJW-RR 1997, 641; BGH, WRP 1992, 765, (767); BGH, NJW-RR 1992, 920 (921); BGH, NJW 1992, 1446.

14) BGH, NJW-RR 2000, 273 (274); BGH, NJW-RR 1998, 1723; BGH, NJW 1998, 1144; BGH, NJW-RR 1997, 641; BGH, WM 1996, 1099 (1100).

15) Sog. Widerspruch im Tatbestand; vgl. BGH, NJW-RR 2001, 1188 (1190); BGH, NJW 1999, 1339; BGH, Urt. v. 9. 2. 1996 – V ZR 110/95, Umdr. S. 8; BGH, NJW 1993, 2530 (2531); BGH, NJW 1992, 1107 (1108).

16) Vgl. *Musielak/Huber* (o. Fußn. 7), § 296 Rdnr. 39 m. w. Nachw.

ter die Verspätungsregeln demgegenüber nicht angewendet, obwohl die Voraussetzungen dafür vorlagen, lässt sich die Revision darauf nicht stützen¹⁷. Die verfahrensfehlerhafte Zulassung des verspäteten Vorbringens hat ausschließlich der Wahrheitsfindung gedient¹⁸.

Maßgeblich ist also, was der Revisionsrichter leisten kann, wenn er aufgerufen ist, zu überprüfen, ob der Berufungsrichter das Handlungsgebot des § 529 ZPO eingehalten hat. Der Berufungsrichter darf abweichen von festgestellten Tatsachen erster Instanz, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel begründen. Es müssen demnach die Voraussetzungen zweier unbestimmter Rechtsbegriffe zusammentreffen, die aus ihrer jeweiligen sprachlichen Wortbedeutung keiner klaren Abgrenzung zugänglich sind. Schon dies muss zu der Erkenntnis führen, dass der Berufungsrichter bei der Feststellung des seiner Entscheidung zu Grunde zu legenden Sachverhalts weitgehend freigestellt ist. Es gibt keine messbaren Kategorien, über die bestimmt werden kann, wann jemand *zweifeln* darf und was konkrete *Anhaltspunkte* sind.

Der Revisionsrichter wird den Berufungsrichter bei der Feststellung des Sachverhalts aber auch aus einem anderen Grund weitgehend freistellen; § 520 III Nr. 3 ZPO überbürdet dem Berufungsführer zwar die Last, dem Berufungsrichter Anhaltspunkte für die Zweifel mitzuteilen, die es gegenüber den Tatsachenfeststellungen des Erstrichters gibt. Die Motive¹⁹ halten jedoch deutlich fest, dass der Berufungsrichter Zweifel auch aus eigener Kenntnis hegen darf. Hat der Revisionsrichter zu überprüfen, ob konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit festgestellter Tatsachen bestehen, kann der Revisionsrichter zwar in die Berufungsbegründung und die Berufungsantwort schauen und entscheiden, ob darin erstinstanzliche Tatsachenfeststellungen angegriffen worden sind. Der Revisionsrichter kann aber nicht ergründen, ob der Berufungsrichter eigene Kenntnisse hatte, auf die er im Rahmen seiner Zweifel zurückgegriffen hat. Über das Studium des Vortrags in der Berufungsinstanz lässt sich deshalb nicht entscheiden, ob ein Verstoß gegen das Handlungsgebot des § 529 ZPO vorliegt.

Dies führt zum dritten Argument: Will der Revisionsrichter die Überzeugungsbildung des Tatrichters überprüfbar machen, könnte er den Berufungsrichter über die Rechtsprechung verpflichten, die Quelle seiner Zweifel im Berufungsurteil anzugeben. Eine ähnliche Rechtsprechung gibt es für den Fall der Anwendung eigener Sachkunde durch den Tatrichter²⁰. Im Falle der Anwendung eigener Sachkunde durch den Tatrichter reicht dem Revisionsgericht allerdings stets ein allgemeiner Hinweis, der Aufschluss über die eigene Sachkenntnis gibt. In Bausachen reicht etwa die Mitteilung, das Berufungsgericht sei als Bausenat mit vergleichbaren Fällen befasst gewesen. Über allgemeine Hinweise auf die Quelle von Zweifeln erschließt sich § 529 ZPO revisionsrechtlicher Überprüfung jedoch nicht. § 529 I ZPO fordert konkrete Anhaltspunkte für Zweifel. Der Berufungsrichter müsste demnach durch die Rechtsprechung verpflichtet werden, ganz konkret mitzuteilen, worauf er seine Zweifel gestützt hat. Das führt jedoch zu einem nicht lösbaren Konflikt. Die Kommentierung führt als zulässige Quelle für Zweifel Kenntnisse des Berufungsrichters aus anderen Verfahren an²¹. Die Verpflichtung, die Quelle für Zweifel zu offenbaren, führt den Berufungsrichter deshalb in Konflikte mit der Berufsverschwiegenheit²² sowie dem Grundsatz der Parteiöffentlichkeit²³; wobei dies alles verstärkt dann gilt, wenn Quelle für Zweifel ein Verfahren ist, bei dem die Öffentlichkeit ausgeschlossen war oder ist.

Zu bedenken ist zudem: Ein Verstoß gegen das Handlungsgebot des § 529 ZPO stellt keinen Verstoß gegen die Wahrheitsfindung dar. Jede weitere oder erneute Aufklärung des Sachverhalts erweitert die Erkenntnismittel und damit die Chance der Wahrheit nahe zu kommen. Das in der Kommentierung angeführte Argument²⁴, es gebe keinen Hinweis dafür, dass die neue Feststellung richtiger sei als die des Erstrichters, trifft nicht den Kern. Kommt der Berufungsrichter zum selben Ergebnis wie der Erstrichter, liegt die getroffene Feststellung – gemessen an dogmatischen Kategorien – auf Grund weiterer Ermittlung der Wahrheit doch näher. Trifft der Berufungsrichter völlig neue Feststellungen, in diesen mit nicht weniger aber auch nicht mit mehr Zweifeln als denen zu begegnen, die der Richter erster Instanz getroffen hat. Es gibt deshalb auch keinen Grund eine unter Verstoß gegen das Handlungsgebot des § 529 ZPO ermittelte Tatsache der Revisionsentscheidung nicht zu Grunde zu legen. Auch unter Verstoß gegen das Handlungsgebot des § 529 ZPO festgestellte Tatsachen sind demnach tatrichterliche Feststellungen.

2. Rückgriff auf den gesamten Prozessstoff erster Instanz

Ist der Berufungsrichter auch weiterhin für die Tatsachenfeststellungen verantwortlich, ist notwendig abzugrenzen, ob er unabhängig von erhobenen Rügen auf den gesamten Prozessstoff erster Instanz zurückgreifen darf. Mit Blick auf § 529 ZPO erscheint diese Fragestellung verwirrend; heißt es doch ganz klar, dass konkrete Anhaltspunkte für Zweifel vorliegen müssen, um von erstinstanzlichen Feststellungen abzuweichen. Verwirrend ist die Fragestellung jedoch nur dann, wenn man übersieht, dass Sachverhalte vielschichtig und Rechtsfragen nicht immer einfach zu lösen sind. Der Rechtsstreit lässt sich möglicherweise „eleganter“ lösen, als der Richter erster Instanz dies geglaubt hat. Die einfachere Lösung bedarf jedoch anderer Tatsachenfeststellungen als sie vom Richter erster Instanz seiner Entscheidung zu Grunde gelegt sind. Darf der Berufungsrichter auf den Prozessstoff erster Instanz also auch dann zurückgreifen, wenn er überhaupt keine Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen hat? Darf er dies etwa dann, wenn er lediglich feststellt, dass die ihm vorgelegte Rechtsfrage komplex und schwierig zu lösen ist? Ist der Prozessstoff erster Instanz also auch in diesem Fall und damit zugleich im Berufungsverfahren stets angefallener Prüfungsstoff?

Probleme bereitet die Bestimmung des dem Berufungsgerichts angefallenen Prüfungsstoffs deshalb, weil § 529 II ZPO davon spricht, dass das angefochtene Urteil auf einen Mangel des Verfahrens, der nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, nur auf entsprechende Verfahrensrügen geprüft wird. Betrachtet man § 529 II ZPO aus der Sicht des Revisionsrichters, fallen unter § 529 II ZPO also auch die auf § 286 ZPO gestützten Rügen, über die der Vortrag aus dem Verfahren vor dem Erstrichter ins Berufungsverfahren transportiert werden müsste, um jenen Vortrag zum Prüfungsstoff werden zu lassen. Rügen aus § 286 ZPO hat der Gesetzgeber jedoch ganz offensichtlich nicht unter § 529 II ZPO erfassen wollen. In den Motiven²⁵ heißt es nämlich ausdrücklich:

17) Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 296 Rdnr. 181 m. w. Nachw.

18) S. Zöller/Greger (o. Fußn. 7), § 296 Rdnr. 35.

19) BT-Dr 14/4722, S. 100.

20) BGH, NJW 1997, 1446; BGH, VersR 1993, 749; BGH, NJW 1989, 2948 (2949); BGH, NJW 1982, 2874.

21) Musielak/Ball (o. Fußn. 7), § 529 Rdnr. 9, spricht ausdrücklich von Umständen, die dem Berufungsrichter aus anderen Prozessen bekannt sind; vgl. dazu auch BT-Dr. 14/4722, S. 100.

22) Vgl. §§ 61 ff. BBG und die entsprechenden Regelungen über die Amtsverschwiegenheit in den jeweiligen Landesbeamtengesetzen.

23) Vgl. hierzu Zöller/Greger (o. Fußn. 7), § 357 Rdnr. 1.

24) Rimmelspacher, in diesem Heft, S. 11; vgl. auch ders., ZZP 107 (1994), 452 ff.

25) BT-Dr 14/4722, S. 101.

„Die erhobenen rechtstatsächlichen Erkenntnisse zeigen, dass schon heute mögliche Verfahrensfehler von den Rechtsmittelführern weitestgehend erkannt und gerügt werden. Die Quote der nicht erkannten entscheidungserheblichen Verfahrensfehler, die erst das Berufungsgericht erkannt hat, beträgt weniger als 2%.“

Es heißt dann weiter: Durch die veränderte Ausgestaltung des Berufungsrechts werde die Quote der vom Berufungsführer nicht erkannten Verfahrensfehler noch abnehmen.

Das frühere Recht, das dem Gesetzgeber als Rechtfertigung für die Einführung des § 529 II ZPO gedient hat, kannte die Einheit der Tatsacheninstanz. Dort war keine Verfahrensrüge erforderlich, um Tatsachenstoff erster Instanz zum Prüfgegenstand im Berufungsverfahren zu machen. Fällt unter § 529 II ZPO die Verfahrensrüge aus § 286 ZPO, würde der Umfang der Fehlerquellen im neuen Recht bei der Begründung der Berufung erhöht. Eine Erschwerung bei der Begründung der Berufung hat der Gesetzgeber durch das neue Recht jedoch nicht schaffen wollen. Das ist den Motiven nicht nur in diesem Zusammenhang²⁶, sondern auch an anderer Stelle²⁷ zu entnehmen. Die Motive²⁸ sprechen deshalb dafür, dass der Gesetzgeber über die Einführung des § 529 II ZPO den durch Tatsachenvortrag vorgegebenen Prozessstoff nicht hat eingrenzen wollen. Der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, dass sich in diesem Punkt gegenüber dem früheren Rechtszustand nichts geändert hat. Das ist auch Auffassung der Kommentierung²⁹, die konkrete Anhaltspunkte für Zweifel dann für gegeben hält, wenn Parteivorbringen nicht berücksichtigt ist.

*Rimmelspacher*³⁰ behandelt unberücksichtigtes Parteivorbringen im Rahmen des § 529 I ZPO allerdings unter der Überschrift „Zweifel begründende Verfahrensfehler“. Das schafft Verwirrung. Erhebliche Verfahrensfehler werden von § 529 II ZPO erfasst und sind gem. § 529 II ZPO nur auf Rüge zu beachten³¹. Werden sie allerdings gerügt, kann die verfahrensfehlerhafte gestellte Tatsache dem Berufungsverfahren nicht mehr zu Grunde gelegt werden. Die Subsumtion des Richters erster Instanz bricht, weil die verfahrensfehlerhaft festgestellte Tatsache wegzudenken ist, in sich zusammen. Das Urteil kann ohne die erneute verfahrensfehlerfreie Tatsachenfeststellung nicht mehr aufrechterhalten werden. Sieht man – wie *Rimmelspacher* – einen Grund für Zweifel i. S. des § 529 I ZPO in einem Verfahrensfehler, kann es sich bei diesem Verfahrensfehler deshalb nur um übersehenen Prozessvortrag handeln, der auch ohne eine gem. § 529 II ZPO zu erhebende Rüge zu beachten sei.

Kommt man zu diesem Ergebnis, ist der gesamte Prozessstoff erster Instanz, auch soweit er im Tatbestand des Urteils des Erstrichters nicht erwähnt ist, Gegenstand des Berufungsverfahrens; wobei dies für das Berufungsverfahren von richtungsweisender Bedeutung ist. Zur Erläuterung kann folgendes Beispiel herangezogen werden:

Der Erstrichter spricht den Klageanspruch zu. Er vergisst jedoch eine Anspruchsvoraussetzung in den Entscheidungsgründen zu behandeln; im Tatbestand ist der Vortrag des Klägers zu dieser Anspruchsvoraussetzung nicht erwähnt. Der Beklagte wehrt sich in der Begründung der Berufung lediglich mit nicht tragfähigen Angriffen gegen die Beweiswürdigung.

Wer die Ansicht vertritt, dass der erstinstanzliche Vortrag dem Berufungsrichter nur anfällt, soweit er im Urteil erwähnt ist, und dem Berufungsrichter deshalb verbietet, die Akten durchzuarbeiten, muss zu der Erkenntnis kommen, dass die Entscheidung des Erstrichters aufgehoben werden muss. Er muss konsequent sogar zu der Ansicht kommen, dass die Klage, obwohl schlüssiger Vortrag vorliegt, abgewiesen werden muss, wenn der Kläger nicht

selbst in der Berufungsantwort auf seinen, im Tatbestand des Erstrichters fehlenden, Vortrag hinweist. Wer jene Ansicht vertritt, muss sich auch vergegenwärtigen, dass der Berufungsrichter im oben erwähnten Beispiel nicht von § 522 II ZPO Gebrauch machen darf, obwohl die Berufung offensichtlich unbegründet ist. Das Verbot in die Akten zu schauen, führt den Berufungsrichter zu der – falschen – Erkenntnis, die angefochtene Entscheidung sei im Ergebnis unzutreffend.

Ein etwa ausgesprochenes Verbot, in die Akten zu schauen, führt zu einer weiteren Konsequenz: Wie oben bereits festgestellt worden ist, darf der Berufungsrichter auch eigene Zweifel an der Richtigkeit getroffener Feststellungen zum Anlass für eine erneute Tatsachenfeststellung nehmen³². Im Anschluss an diese Feststellung bedarf es lediglich der Frage, ob nur „spontane“ Zweifel oder auch „erarbeitete“ Zweifel zur Neufeststellung von Tatsachen ermächtigen. Antwort auf diese Frage kann nur sein, dass jeder, gleichwie entstandene Zweifel den Berufungsrichter ermächtigt, die festgestellten Tatsachen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen. Was liegt dann näher, als der Blick in den Prozessvortrag der Parteien; eine authentischere Quelle für Zweifel ist nicht auszumachen!

Dass der Prozessstoff im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht beschränkt ist, folgt auch noch aus einem weiteren Argument: Durch die Rechtsprechung des BGH zur Nichtzulassungsbeschwerde ist geklärt, dass die Revision nur zulassungswürdig ist, wenn die Zulassungsfrage für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist³³. Kommt man auf anderem Weg, also nicht über die vom Berufungsgericht entschiedene Rechtsfrage zu demselben Prozessergebnis, gibt es keine Revisionszulassung. Wenn dem so ist, kann es nicht Aufgabe des Berufungsgerichts sein, eine für die Entscheidung des Rechtsstreits im Ergebnis nicht erhebliche Rechtsfrage zu lösen, nur weil der Richter erster Instanz diesen einfacheren Weg nicht gefunden hat. Das Handlungsgebot des § 529 I Nr. 1 ZPO erfasst deshalb auch nur solche „entscheidungsrelevanten Feststellungen“, die für die Entscheidung des Berufungsrichters erheblich sind³⁴. Der im Berufungsverfahren angefallene Prozessstoff beschränkt sich also nicht auf die tatsächlichen Eckpunkte, auf die die Entscheidung des Richters erster Instanz aufbaut. Die übliche Verweisung wegen des weiteren Sach- und Streitstandes auf die Schriftsätze der Parteien³⁵ macht den dort gehaltenen Vortrag, anders als im Revisionsverfahren³⁶, ungeachtet der Frage des Vorrangs des § 314 ZPO vielmehr zum Prüfungsstoff des Berufungsgerichts.

3. Vorrang der Bindungswirkung des § 314 ZPO gegenüber dem Handlungsgebot aus § 529 ZPO?

§ 314 ZPO bestimmt, dass der Tatbestand des Urteils Beweis für das mündliche Parteivorbringen liefert. Jener Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden. Wird etwa im unstreitigen Teil des Tatbestandes

26) BT-Dr 14/4722 S. 101.

27) BT-Dr 14/4722 S. 95; s. auch BGH, NJW 2003, 2531 (2532); BGH, BGH-Report 2003, 971 (972).

28) BT-Dr 14/4722, S. 101.

29) *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO, Aktualisierungsbd. ZPO-Reform, 2. Aufl. (2002), § 529 Rdnr. 12.

30) *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 529 Rdnr. 12.

31) Ausgenommen sind die von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensfehler, die in diesem Zusammenhang jedoch ohne Bedeutung sind.

32) S. BT-Dr 14/4722, S. 100.

33) BGH, NJW 2003, 1943; BGH, NJW 2003, 1125 (1126); BGH, NJW 2003, 831; BGH, NJW 2003, 65 = WM 2002, 2344 (2346).

34) Ähnlich *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 529 Rdnr. 12; jedoch zieht *Rimmelspacher* daraus nicht die nötige Konsequenz, dass dies zur Folge zugleich hat, dass der Berufungsrichter die Rechtssache auch auf andere Tatsachenfeststellungen stützen kann.

35) Für den Fall, dass diese Verweisung fehlt, gilt BGH, NJW 1992, 2148 (2149) entsprechend.

36) Vgl. *Musielak/Ball* (o. Fußn. 7), § 559 Rdnrn. 12 ff.

des erstinstanzlichen Urteils die Feststellung getroffen, „die Beklagte bewirbt die von ihr betriebene Bohrmaschine X mit dem Zeichen für geprüfte Sicherheit (GS-Zeichen)“³⁷ erstreckt sich die Beweiskraft des § 314 ZPO hierauf. Stellt die Beklagte keinen Tatbestandsberichtigungsantrag, ist die Beurkundungswirkung des § 314 ZPO unangetastet, wenn diese Feststellung nicht durch in einem Sitzungsprotokoll beurkundeten entgegenstehenden Vortrag widerlegt ist (§ 314 S. 2 ZPO).

Macht die Beklagte mit dem in der Berufungsbegründung gebrachten Vortrag geltend, die tatbestandliche Feststellung des Richters erster Instanz finde im Vortrag des Klägers keine Stütze, und stellt das Berufungsgericht auf der Grundlage dieser Rüge fest, dass der Prozessvortrag der Beklagten erster Instanz anders zu verstehen gewesen sei, als ihn das Landgericht verstanden hat, korrigiert es die mit Tatbestandswirkung (§ 314 ZPO) versehene Feststellung des Landgerichts, ohne dass die Voraussetzungen des § 314 ZPO dafür vorliegen. Zweifel hatte die Beklagte an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellung allerdings gesät. Zu entscheiden ist demnach, ob § 314 ZPO der Regelung in § 529 I ZPO vorgeht; oder: § 529 I ZPO der Vorrang vor § 314 ZPO zukommt.

Solange der Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung im Verfahren vor dem Tatrichter galt, mithin für die Zeit vor In-Kraft-Treten des ZPO-Reformgesetzes war der Berufungsrichter an die Tatbestandsfeststellungen des Richters erster Instanz zwar gebunden; die Bindungswirkung hatte jedoch keine praktische Bedeutung. Der Berufungsführer trug den Sachverhalt, den es aus seiner Sicht zu entscheiden gab, neu vor; waren die vorgetragenen Tatsachen in der Tat neu, war anhand der Verspätungsvorschriften zu prüfen, ob sie berücksichtigt werden konnten. Für die Zeit nach In-Kraft-Treten des ZPO-Reformgesetzes bauen §§ 529 I, 531 II ZPO Hürden auf, die es verhindern, den Vortrag „einfach neu“ zu halten, der aus Sicht des Berufungsführers Entscheidungsgrundlage zu sein hat.

§ 529 I ZPO differenziert nicht zwischen Tatsachen, die im Tatbestand des Richters erster Instanz festgestellt sind, und solchen, bei denen das Berufungsgericht auf Grund streitigen Vortrags zwischen wahr und unwahr zu entscheiden hatte³⁸. Fehlt es an dieser, für das Revisionsverfahren jedoch vorgenommenen Differenzierung³⁹, muss dem auch im Hinblick auf § 314 ZPO Bedeutung zukommen. Das heißt: Die Regelung in § 559 ZPO spricht dafür, dass auch die Tatbestandsfeststellungen des Richters erster Instanz dem Angriff des Berufungsführers im Rahmen des § 529 ZPO unterliegen, da § 529 ZPO nicht die in § 559 ZPO vorgenommene Unterscheidung trifft. Andererseits ist aus der Praxis des Revisionsverfahrens⁴⁰ bekannt, dass Parteien auch vom schriftsätzlichen Vortrag abweichenden Vortrag in der mündlichen Verhandlung halten, so dass auch für die erste Instanz der Beurkundungswirkung des § 314 ZPO Bedeutung zukommt⁴¹. Lösen können wird man den Konflikt wohl nur über den Maßstab, an dem die Anhaltspunkte für Zweifel zu messen sind: Verweist die Partei, die sich gegen die Tatbestandswirkung wendet, nur auf ihren oder den der Gegenpartei in erster Instanz gehaltenen Vortrag; um Zweifel an der Richtigkeit der Tatbestandsfeststellung zu säen, reicht dies nicht, um eine anderweitige Feststellung im Berufungsverfahren treffen zu können⁴²; § 314 S. 1 ZPO geht § 529 ZPO insoweit vor. Weckt der Berufungsführer demgegenüber durch Umstände, die außerhalb seines Prozessvortrags erster Instanz liegen, Zweifel an der Richtigkeit mit der Tatbestandswirkung festgestellten Tatsache, greift – wie auch sonst bei vom Richter erster

Instanz getroffenen Tatsachenfeststellungen – § 529 I ZPO⁴³.

Macht die Partei geltend, von ihr mündlich vorgetragenen Tatsachen seien weder im Urteil noch aus dem Sitzungsprotokoll ersichtlich, gilt die negative Beweiswirkung des Tatbestandes⁴⁴. Es erweist sich demnach als höchst wichtig, den Tatbestand des Urteils erster Instanz auf Übereinstimmung mit dem gehaltenen Vortrag zu überprüfen, um nicht in die Schere der §§ 314, 529, 531 ZPO zu geraten⁴⁵.

III. Pflicht zur Ermessensausübung bei der Tatsachenfeststellung

Der Berufungsrichter ist – wie bereits festgestellt – bei der Tatsachenfeststellung weitgehend freigestellt. Fällt dem Berufungsrichter der gesamte Prozessstoff an, hat dies für den Umfang seiner Prüfungspflicht allerdings auch Konsequenzen. Das *OLG München* hat in seiner Entscheidung vom 12. 3. 2003⁴⁶ die Ansicht vertreten, als Berufungsgericht habe es die Vertragsauslegung des Richters erster Instanz nur darauf zu überprüfen, ob Denkgesetze, die Grundsätze der Lebenserfahrung, anerkannter Auslegungsgrundsätze und gesetzlicher Auslegungsregeln⁴⁷ verletzt sind. Zur Begründung heißt es, die Auslegung von Individualvereinbarungen sei Tatfrage.

Der *BGH*⁴⁸ spricht, soweit er die Vertragsauslegung des Tatrichters überprüft, bisweilen bewusst davon, die Auslegung halte sich in den tatrichterlichen Grenzen, sie sei vertretbar. Diese Formulierung zeigt, dass es im Rahmen rechtsfehlerfreier Auslegung eine Spannbreite gibt, deren Ausfüllung dem Tatrichter überantwortet ist. Auch dies zeigt, wie notwendig es ist, zu klären, ob der Berufungsrichter Tatrichter ist. Ist er – wie gezeigt – Tatrichter, hat er die Auslegung des Vertrags im Rahmen der tatrichterlichen Spannbreite auszufüllen. Das kann ohne weiteres dadurch geschehen, dass er die Auslegung des Erstrichters – und sei es nur konkludent – billigt; sie also seiner eigenen Entscheidung zu Grunde legt. Weigert sich der Berufungsrichter demgegenüber, wie im Falle der Entscheidung des *OLG München*, den Rahmen tatrichterlicher Spannbreite auszufüllen, verweigert er die ihm überantwortete Ermessensausübung. Die Entscheidung ist rechtsfehlerhaft, weil es an einer Ermessensausübung fehlt.

37) Dieses Beispiel ist einem Fall nachempfunden, der zur Zeit dem *BGH*, Az. I ZR 134/03, zur Entscheidung vorliegt.

38) Vgl. § 559 ZPO.

39) Vgl. § 559 ZPO.

40) Vgl. hierzu *BGH*, NJW 1996, 3343 (3344) m. w. Nachw.

41) Vgl. *Vorwerk*, Das Prozessformularbuch, 7. Aufl. (2002), Kap. 65 Rdnrn. 128, 144.

42) Vgl. *Vorwerk* (o. Fußn. 41), Kap. 65 Rdnrn. 128, 144.

43) In diesem Zusammenhang ist ebenfalls die weiter unten angesprochene Frage von Bedeutung, auf welche Umstände sich Zweifel stützen dürfen. Können konkrete Anhaltspunkte für Zweifel nicht aus Tatsachen geschlossen werden, die der Sperrwirkung des § 531 II ZPO unterliegen, wäre die durch die Tatbestandsfeststellung betroffene Partei auch im Berufungsverfahren an diese Feststellung gebunden. Sie müsste die Richtigkeit der festgestellten Tatsache bestreiten, also das Gegenteil der festgestellten Tatsache behaupten und unterläge damit i. d. R. stets der Sperrwirkung des § 531 II Nr. 3 ZPO. Die Sperrwirkung wäre nur dann nicht gegeben, wenn es sich um Tatsachen handelt, über deren Richtigkeit die betroffene Partei keine eigene Kenntnis hat. Nur dann kann sie sich i. S. des § 531 II Nr. 3 ZPO entschuldigen.

44) S. dazu *BGH*, MDR 1991, 36; *BGH*, NJW 1983, 885 (886).

45) Vgl. dazu auch *Vorwerk* (o. Fußn. 41), Kap. 65 Rdnrn. 128, 144.

46) *OLG München*, MDR 2003, 952; vgl. auch *OLG Celle*, OLG-Report 2002, 238.

47) Die revisionsrechtliche Überprüfung erfasst auch für die Auslegung bedeutsame Umstände; dies hat das *OLG München* offenbar übersehen.

48) Vgl. *BGH*, NJW 1998, 1145.

Rechtsfehlerhaft ist die Entscheidung des OLG München aber auch noch aus einem anderen Grund. Die Auslegung der Individualvereinbarung muss auch die für die Auslegung maßgebenden Umstände beachten⁴⁹. Fällt dem Berufungsrichter der gesamte Prozessstoff erster Instanz an, handelt er rechtsfehlerhaft, wenn er nicht die für die Auslegung bedeutsamen Umstände aus dem Vortrag der Parteien beachtet. Ähnlich wird in den Fällen zu entscheiden sein, in denen dem Tatrichter die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe überantwortet ist. Der wichtige Grund im Fall der Kündigung⁵⁰ gehört hierzu ebenso wie die Ausfüllung des billigen Ermessens bei der Schmerzensgeldfeststellung⁵¹.

Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Berufungsrichters korrespondieren folglich miteinander. Wer abweichend argumentiert bedenkt Folgendes nicht: Das Revisionsrecht ist durch die ZPO-Reform inhaltlich nicht verändert worden. Im Revisionsverfahren hat eine Überprüfung der Entscheidung des Berufungsgerichts auf Rechtsfehler zu erfolgen. Die Überprüfung erstreckt sich auf die Vertragsauslegung sowie die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe. Hätte der Berufungsrichter insoweit die Funktion des Revisionsrichters übernehmen sollen, hätten die Regeln des Revisionsverfahrens darauf abgestimmt werden müssen. Den Prüfungsumfang des Revisionsrichters hat das ZPO-Reformgesetz jedoch nicht beschränkt. Das ZPO-Reformgesetz hat in die Regeln des Revisionsverfahrens insoweit nicht eingegriffen. Der Berufungsrichter ist folglich auch bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe weiterhin Tatrichter.

IV. Tatsachen i. S. von § 531 ZPO als Anhaltspunkte für Zweifel

§ 529 I Nr. 2 ZPO gibt dem Berufungsrichter auf, im Rahmen der Berufungsentscheidung nur die neuen Tatsachen zu verwerten, deren Berücksichtigung zulässig ist. Tatsachen i. S. von § 529 I Nr. 2 ZPO können Anhaltspunkte für Zweifel sein. Anhaltspunkte für Zweifel können sich aber auch auf Hinweise gründen, die keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sind. Wird mit der Berufungsbegründung etwa vorgetragen und ggf. auch urkundlich bewiesen, dass der Zeuge, dem das Gericht erster Instanz geglaubt hat, wegen mehrfachen Meineides vorbestraft ist, betrifft der Anhaltspunkt, der Zweifel sät, die Beweiswürdigung⁵². Weiß der Berufungsrichter aus einem anderen Verfahren, dass sich die Dinge nicht so zugetragen haben können, wie vom Richter erster Instanz festgestellt, ist Anhaltspunkt für den Zweifel ebenfalls keine Tatsache, die unter § 529 I Nr. 2 ZPO fällt. Anhaltspunkt für Zweifel kann demnach jeder Umstand sein. Es gibt deshalb umgekehrt auch keinen Grund, die unter die Sperrwirkung des § 531 ZPO fallende Tatsache als Anhaltspunkt für Zweifel auszuschließen. Als für die Entscheidung verwertbare Tatsache scheidet sie nach dem Wortlaut des § 529 I Nr. 2 ZPO jedoch aus.

Zu welchen kuriosen Ergebnissen dies führt, mag folgendes Beispiel deutlich machen⁵³:

Der Kläger begehrt vom Beklagten die Rückzahlung des Darlehens. Der Beklagte kann durch Vernehmung seiner Ehefrau im ersten Rechtszuge die Rückzahlung nicht beweisen. Er wird zur Rückzahlung verurteilt. Mit der Berufung legt der Beklagte die Quittung des Klägers vor, die die Rückzahlung des Darlehens belegt. Der Beklagte erklärt dazu, während des ersten Rechtszuges habe er seine Akten wohl nicht aufmerksam durchgesehen; man möge ihm dieses nachsehen.

Die mit der Berufungsbegründung vorgelegte Quittung ist ein neues Verteidigungsmittel i. S. des § 531 II Nr. 3 ZPO. Die Erklärung des Beklagten führt zum Ausschluss dieses Verteidigungsmittels; das Verteidigungsmittel ist im ersten Rechtszug auf Grund einer Nachlässigkeit des Beklagten nicht in das Verfahren eingeführt worden. Die

Quittung selbst stellt jedoch einen konkreten Anhaltspunkt für Zweifel an der Richtigkeit der Feststellung des Erstrichters dar, das Darlehen sei nicht getilgt.

Bleibt man am Wortlaut des § 529 I Nr. 1 ZPO stehen, führt dies zu Friktionen: Die Tatsache, die die Richtigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung widerlegt, darf für die Wahrheitsfindung nicht verwertet werden⁵⁴. Kennt dagegen der Berufungsrichter aus einem anderen Verfahren die Quittung, begründet dieses Wissen ebenfalls Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellung. Der Berufungsrichter kann zur Wiederholung der Beweisaufnahme schreiten und nunmehr „mit der Kenntnis der Quittung im Rücken“⁵⁵ der Ehefrau nach erneuter Vernehmung glauben. Es erscheint deshalb nicht nur widersinnig, dass – wie *Rimmelspacher* meint⁵⁶ – die Quelle, über die der konkrete Anhaltspunkt zur Kenntnis des Richters kommt, darüber entscheidet, ob die Tatsache im Sinne der Prozessordnung geeignet ist, einen Anhaltspunkt für Zweifel zu begründen. Konsequenz dürfte vielmehr sein, im Rahmen des § 529 I Nr. 1 ZPO ausschließlich auf die Wirkung des Umstandes, der dem Berufungsrichter bekannt ist oder wird, abzustellen. Es wird vielmehr auch zu prüfen sein, ob § 531 II Nr. 3 ZPO zwingend erfordert, dass die Sperrwirkung des § 531 ZPO auch die unter § 531 I Nr. 3 ZPO fallende Tatsache ergreift, wenn diese Tatsache zugleich den Umstand darstellt, der den Zweifel begründet.

Friktionen, wie sie sich bei restriktiver Auslegung des § 531 II Nr. 3 ZPO ergeben, sind aus den Anfängen der Anwendung der Verspätungsregeln bekannt; die Korrektur der die anfängliche Rechtsprechung unterlegen ist, ist niemand verborgen geblieben⁵⁷. Aus diesem Grund werden zu den §§ 529, 531 ZPO dieselben Diskussionen zu führen sein, die zur Anwendung der Verspätungsregeln geführt worden sind. Die Probleme sind ähnlich anzupacken: Kommt es aus anderen Gründen zu neuer Tatsachenfeststellung wird demnach auch die der Sperrwirkung unterliegende Tatsache wieder verwertet werden können⁵⁸; lässt sich der Rechtsstreit ohne weitere Tatsachenfeststellung entscheiden, muss die Sperrwirkung die Verwertung der ihr unterliegenden Tatsachen ausschließen. Man wird bei der Abgrenzung stets auf die Zielsetzung der §§ 529, 531 ZPO abstellen müssen, den gesamten Tatsachenstoff in erster Instanz zusammenzutragen. Es erscheint daher richtig, die Sperrwirkung dann ins Leere laufen zu lassen, wenn diese Zielsetzung in erster Instanz nicht hat verwirklicht werden können.

Im Hinblick darauf kann auch nicht die Begründung für die in der Kommentierung vertretene Ansicht über-

49) Vgl. BGH, NJW 2002, 2383; BGH, WM 2002, 279 (280); BGH, WM 2000, 1406 (1409); BGH, WM 1992, 32 (33).

50) Vgl. hierzu BGH, NJW-RR 1997, 1467; BGH, WM 1996, 2023 (2024), BGHR BGB § 242 – Kündigung, wichtiger Grund 11; BGH, WM 1993, 1474; BGH, NJW-RR 1992, 992; BGH, WM 1991, 635.

51) BGH, NJW 1991, 1948 (1951); BGH, VersR 1988, 943; BGH, NJW 1991, 1544 (1545).

52) Vorwerk (o. Fußn. 41), Kap. 65 Rdnr. 14.

53) Das Beispiel ist den Ausführungen von Würfel, MDR 2003, 1152 entnommen.

54) *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897 (1901) sieht dies so und begründet seine Auffassung damit, dass ansonsten die Präklusionsregelungen unterlaufen würden und das Berufungsgericht unterschwellig eine Prüfung von Amts wegen vornehmen müsse. In diesem Sinne auch OLG Saarbrücken, NJW-RR 2003, 139 (140).

55) Also ohne, dass die Quittung in das Verfahren eingeführt ist; oder; nachdem er selbst diese Kenntnis in das Verfahren prozessordnungsgemäß (§ 291 ZPO) eingeführt hat.

56) *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897 (1901).

57) Vgl. zur inzwischen ergangenen Rechtsprechung allgemein Zöller/Greger (o. Fußn. 7), § 296 Rdnrn. 2 ff., 11 ff., 19 ff.

58) So für die Anwendung der Verspätungsregeln BGHZ 76, 133 (135 ff.) = NJW 1980, 945; BGHZ 75, 138 (142 f.) = NJW 1979, 1988.

zeugen, die Sperrwirkung entfalle, wenn die der Sperrwirkung unterfallende Tatsache unstreitig wird. Vertreten wird, dass in diesen Fällen weder Interesse des Gegners, noch Interessen der Allgemeinheit an der schonenden Inanspruchnahme des Rechtsmittels beeinträchtigt würden⁵⁹. Richtig ist, dass Interessen des Gegners nicht beeinträchtigt werden. Unterschätzt wird jedoch die Phantasie der unterlegenen Partei. Sie legt das Rechtsmittel nicht erst ein, wenn sich für sie zwischen den Instanzen quasi außerprozessual herausgestellt hat, der Gegner werde eine bisher bestrittene Tatsache nun nicht mehr bestreiten. Sie behauptet vielmehr mit der Einlegung des Rechtsmittels, der Gegner werde die bisher bestrittene Tatsache jetzt nicht mehr bestreiten oder bestreiten können. Eine ex post-Betrachtung, wie sie in der Kommentierung zu finden ist⁶⁰, hilft daher nicht. Das gilt insbesondere dann, wenn man bedenkt, dass die Zielsetzung des § 522 II ZPO durch die Verwertung unstreitiger Tatsachen lahmgelegt wird. Das Berufungsgericht muss eine Frist für die Berufungsantwort setzen, um abzuwarten, ob die unter die Sperrwirkung fallende Tatsache unstreitig wird. Man wird deshalb wie folgt unterscheiden müssen:

Wird die Berufung begründet, ist die neue Tatsache, die unter § 531 I Nr. 3 ZPO fällt, noch nicht unstreitig. Das Berufungsgericht kann daher von § 522 II ZPO Gebrauch machen. Weckt die Begründung der Berufung Zweifel i. S. von § 529 I Nr. 1 ZPO oder bestehen diese Zweifel auf Grund vorhandener Kenntnis des Berufungsrichters, kommt es darauf an, ob die Zweifel neue Tatsachenfeststellungen durch den Berufungsrichter gebieten (§ 529 I Nr. 1 Halbs. 2 ZPO). Ist das der Fall, besteht kein – an der Zielsetzung des § 531 ZPO zu messender – Grund, die unter § 531 II Nr. 3 ZPO fallende Tatsache bei der Tatsachenfeststellung auszuschließen; gleich ob diese Tatsache streitig oder im Berufungsverfahren unstreitig geworden ist.

Dass die Sperrwirkung des § 531 ZPO auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht stets hat greifen sollen, lässt sich den Motiven entnehmen. Die Motive⁶¹ besagen, dass der Sperrwirkung des § 531 ZPO zumindest solche Tatsachen nicht unterliegen, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens gem. §§ 578 ff. ZPO begründen. Dies legt den Willen des Gesetzgebers nahe, in den Fällen des § 580 Nr. 1 bis 7 ZPO die Sperrwirkung des § 531 ZPO nicht greifen zu lassen.

Der Gesetzgeber⁶² hat jedoch nicht die Hilfsnatur der Restitutionsklage bedacht. Er hat nämlich den § 582 ZPO übersehen, durch den nachlässiges Prozedere im Vorprozess die Wiederaufnahme ausschließt. Die Wiederaufnahme⁶³ ist demnach in der Regel dann ausgeschlossen, wenn der Vortrag der Sperrwirkung des § 531 ZPO unterliegt. Die Motive selbst lösen daher nicht die aufgezeigten Friktionen; sie geben aber den Hinweis, dass die Härte, die in den Entscheidungen des OLG Celle⁶⁴ und des OLG Oldenburg⁶⁵ zu entnehmen ist, vom Gesetzgeber nicht gewollt war. Deshalb hilft nur, die Sperrwirkung entfallen zu lassen, wenn die Voraussetzungen des § 529 I Nr. 1 ZPO vorliegen. Verhindert werden über diese Lösung zudem auch die Friktionen, die sich bei wörtlicher Anwendung des § 531 II Nr. 3 ZPO aus dem Zusammenspiel zwischen den Regeln der Nrn. 1 bis 3 des § 531 II ZPO ergeben⁶⁶. Analysiert man § 531 II ZPO kommt man außerdem zu der Erkenntnis, dass die Regeln der Nrn. 1 und 2 des § 531 II ZPO Sonderfälle des § 531 II Nr. 3 ZPO darstellen. Auch unter den in § 531 II Nrn. 1 und 2 ZPO ist Nachlässigkeit im Spiel; jene Nachlässigkeit wird jedoch von der Partei, die ihren Prozess mit aller Sorgfalt und unter Berücksichtigung aller denkbaren Gerichtspunkte zu führen hat⁶⁷, weg in den Verantwortungsbereich des Gerichts verschoben. Liegt dann nicht ebenso nahe § 531 II

Nr. 3 ZPO so auszulegen, dass er keine Sperrwirkung entfaltet, wenn das Gericht erster Instanz die gesetzgeberische Zielsetzung, den richtigen Tatsachenstoff in erster Instanz zu ermitteln, nicht verwirklicht hat?!

Die Notwendigkeit der hier befürworteten Auslegung des § 531 ZPO lässt sich auch an zwei weiteren Beispielen aufzeigen:

Der Berufungsführer weckt mit einem Privatgutachten Zweifel an den der Entscheidung erster Instanz zu Grunde gelegten Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen. Das Gutachten hätte der Berufungsführer auch schon im Verfahren erster Instanz vorlegen können.

Das Privatgutachten ist nach dem Wortlaut des § 531 I Nr. 3 für die Wahrheitsfeststellung ausgeschlossen⁶⁸. Vom Ausschluss betroffen ist aber nicht ein neues gerichtliches Sachverständigengutachten. Das muss der Berufungsrichter einholen, weil das Privatgutachten konkrete Anhaltspunkte für Zweifel bietet⁶⁹. Der nachlässig nicht genannte Zeuge und auch die Urkunden scheiden bei der neuen Tatsachenfeststellung bei am Wortlaut klebender Auslegung des § 531 II Nr. 3 ZPO jedoch aus. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Beweismittel ist demnach zerstört, wenn man die unter die Sperrwirkung des § 531 ZPO fallenden Tatsachen bei einer neuen Tatsachenfeststellung ausschließt.

Das zweite Beispiel:

Der Kläger begehrt mit seiner Leistungsklage nur einen Teilbetrag seiner Forderung, die er gegenüber dem Beklagten geltend macht. Es ergeht ein klagabweisendes Urteil, weil er keinen Beweis angeboten hat. Mit der Berufung erweitert der Kläger seine ursprünglich auf einen Teilbetrag beschränkte Klage auf den Gesamtbetrag. Er nennt zum Beweis für das Bestehen der Gesamtforderung mit der Berufungsbegründung einen neuen Zeugen. Dass er den Zeugen, dessen Aussage das Bestehen der Gesamtforderung belegt erst mit der Berufungsbegründung vorgelegt hat, kann er i. S. von § 531 ZPO nicht entschuldigen.

Der Zeuge ist ein neues Angriffsmittel, das wegen § 531 ZPO, würde man die Sperrwirkung greifen lassen, für den schon verhandelten Teil des Anspruchs nicht verwertet werden kann. Für den die Klageerweiterung betreffenden Teil muss die Beweisaufnahme demgegenüber durchgeführt werden. Die Klageerweiterung ist kein neues Angriffsmittel⁷⁰. Die Benennung des Zeugen für diesen Teil des Gesamtanspruchs kann auch nicht nachlässig i. S. des § 531 I Nr. 3 ZPO sein. Dieser Teil des Anspruchs war im ersten Rechtszug nicht rechtshängig. Die Klageerweiterung fällt auch nicht unter § 533 ZPO. Das folgt aus § 264 Nr. 2 ZPO. An der Vernehmung des Zeugen führt deshalb kein Weg vorbei. Das Ergebnis der Beweisaufnahme dürfte für den ursprünglichen Teil der Klageforderung nicht ver-

59) Vgl. *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 531 Rdnr. 14.

60) Vgl. *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 531 Rdnr. 14.

61) Vgl. BT-Dr 14/4722, S. 101 f.

62) Genauer wohl: Diejenigen, die die Motive verfasst haben.

63) Restitution und Nichtigkeitsklage sind die Fälle der Wiederaufnahme (§ 578 ZPO).

64) OLG Celle, NJOZ 2003, 2050 = OLG-Report 2003, 303 (307).

65) OLG Oldenburg, NJW 2002, 3556 = OLG-Report 2002, 271 (273).

66) Ausgeschlossen ist nämlich nicht, dass eine Tatsache, die unter § 531 I Nr. 3 ZPO fällt, zugleich im Rahmen des neuen Vortrags Bedeutung hat, der nach § 531 I Nr. 1 ZPO zuzulassen ist.

67) Vgl. insoweit die Formulierung in § 531 II Nr. 1 ZPO.

68) Die Frage der Verspätung des neuen Angriffs berührt § 530 ZPO und nicht § 531 ZPO.

69) Vgl. dazu o. II 1 2.

70) Vgl. *Zöller/Gummer* (o. Fußn. 7), § 531 Rdnr. 22; *Zöller/Greger* (o. Fußn. 7), § 282 Rdnr. 2 a; *Musielak/Ball* (o. Fußn. 7), § 530 Rdnr. 11.

wertet werden, wenn man am Wortlaut des § 531 ZPO stehen bleibt. Diese durch den Wortlaut des § 531 II Nr. 3 ZPO vorgegebene Konsequenz erscheint nicht nur widersinnig, sondern willkürlich (Art. 3 GG). Die am Wortlaut des § 531 ZPO orientierte Auslegung kann daher auch nicht Maßstab der Auslegung der Norm sein⁷¹.

V. Bindungswirkung nicht-tragender Feststellungen

Unter § 529 I Nr. 1 ZPO fallen die für die Entscheidung des Berufungsgerichts erheblichen Tatsachen⁷². Diese Tatsachen müssen nicht auch für die Entscheidung des Richters erster Instanz erheblich gewesen sein; denn es kommt durchaus vor, dass der Tatrichter Feststellungen trifft, auf die er für die Entscheidung im Ergebnis nicht zurückgreift⁷³. Jene Feststellungen nennt man nicht-tragende Feststellungen⁷⁴. In der Kommentierung liest man⁷⁵, dass die nicht-tragenden Feststellungen im Rahmen des § 529 ZPO ebenfalls Bindungswirkung entfalten.

Diese Auffassung übersieht allerdings völlig, dass die Prozessordnung etwas ganz anderes sagt. Die Berufungsbegründung muss gem. § 520 III Nr. 2 ZPO die Rechtsverletzungen aufzeigen, die für die angefochtene Entscheidung erheblich sind. Der Berufungsführer muss also – was soll er anderes auch tun – die Entscheidung des Erstrichters auf erhebliche Verfahrensfehler und Tatsachenfeststellungen untersuchen. Für die Entscheidung nicht erhebliche, also nicht-tragende Feststellungen müssen nicht Gegenstand der Berufungsangriffe sein. Wie kann der Berufungsführer dann an nicht-tragenden Feststellungen festgehalten werden, wenn das Berufungsgericht diese Feststellungen plötzlich verwerten will?! Das rechtfertigt sich schon deshalb nicht, weil – wie soeben aufgezeigt – nicht nur § 520 ZPO, sondern auch § 513 ZPO sagt, dass die Berufung nur auf eine Rechtsverletzung gestützt werden darf, auf der die Entscheidung beruht. Der Berufungsführer

kann sich gem. §§ 513, 520 ZPO also darauf beschränken, nur die tragenden Feststellungen der Entscheidung erster Instanz anzugreifen. Wird im Verlauf des Verfahrens, weil das Berufungsgericht die Sache anders lösen will als es der Erstrichter getan hat, eine das Urteil des Erstrichters nicht-tragende Feststellung erheblich, muss das Berufungsgericht entgegen der in der Kommentierung geäußerten Ansicht die verfahrensfehlerfreie Feststellung dieser bisher nicht erheblichen Tatsache selbst verantworten⁷⁶.

Dem steht nicht entgegen, dass im Revisionsverfahren nicht-tragende Feststellungen bindend sind. Wer auf diese Regeln verweist⁷⁷, vergisst, dass der Prüfungsstoff im Revisionsverfahren statisch ist, weil kein neuer Tatsachenvortrag zulässig ist⁷⁸. Im Berufungsverfahren ist der Prüfungsstoff jedoch dynamisch; d.h. er kann sich laufend verändern. Ist dem so, kann es für nicht-tragende Tatsachenfeststellungen auch keine Bindungswirkung geben.

71) Dies folgt außerdem aus § 538 II 1 Halbs. 2 ZPO. Nach jener Norm hat es sogar der Berufungsgegner in der Hand, die Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz zu bewirken, um der im Berufungsverfahren für ihn, also den Berufungsgegner, selbst als hinderlich erkannten Sperrwirkung des § 531 ZPO zu entgehen.

72) S. o. unter II 2; s. auch Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 529 ZPO Rdnrn. 6, 12.

73) S. dazu die Darstellung bei Vorwerk (o. Fußn. 41), Kap. 65 Rdnr. 128.

74) Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 529 ZPO Rdnr. 6.

75) Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 529 ZPO Rdnr. 6; Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, § 529 ZPO Rdnr. 16.

76) S. dazu auch Vorwerk (o. Fußn. 41), Kap. 65 Rdnrn. 165 ff.

77) Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 29), § 529 Rdnr. 6.

78) BGH, NJW-RR 1993, 775 (776); vgl. auch Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 559 Rdnr. 7; Musielak/Ball (o. Fußn. 7), § 559 Rdnr. 2.

Professor Dr. Bruno Rimmelspacher, München

Berufungsrichter: Tatrichter oder Revisionsrichter – Systematisierung der Praxisfragen aus der Sicht der Wissenschaft*

I. Grundgedanke und Fragestellungen

Das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-RG) hat die Berufung als eine Instanz vornehmlich der Fehlerkontrolle und der Fehlerbeseitigung ausgestaltet¹. In welchem Maß ist damit – verglichen mit der Rechtslage vor der Reform – die Funktion der Berufung verändert worden? Wie weit ist nunmehr die Verantwortung für die Rekonstruktion des Sachverhalts vom Berufungsgericht auf das Eingangsgericht verlagert worden? In welchem Umfang können die Parteien die rechtliche Kontrolle des erstinstanzlichen Verfahrens und des angefochtenen Urteils beeinflussen?

Die Norm, die in erster Linie Antwort auf diese Fragen geben soll, ist § 529 ZPO. Dessen Abs. 1 bindet das Berufungsgericht grundsätzlich an eine fehlerfreie Tatsachenfeststellung des Eingangsgerichts und legt zugleich die Grenzen dieser Bindung fest. Damit wird – dies ist der Grundgedanke der inhaltlichen Reform des Berufungsrechts – der Erkenntnis Rechnung getragen, dass eine erneute Feststellung in anderen als den in § 529 I ZPO genannten Fällen in der Regel zu keinen verlässlicheren Ergebnissen als im ersten Rechtszug führt. Im Gegenteil

sprechen gewichtige Gründe – insbesondere der größere zeitliche Abstand einer Beweisaufnahme vom streitigen Geschehen und mögliche Einflüsse vorausgegangener Beweisaufnahmen vor allem beim Zeugenbeweis – zumeist gegen die bessere „Treffsicherheit“ der zweitinstanzlichen Feststellungen². Angesichts dieser Bedeutung des § 529 I

* Der nachfolgende Text bildete die Grundlage meines Referats vom 20. 9. 2003 beim 2. Hannoveraner ZPO-Symposium.

1) Begr. d. RegE, BT-Dr 14/4722 S. 61, 64 (abgedr. auch in: Rimmelspacher, Zivilprozessreform 2002, 2002, S. 111, 115).

2) ReferentenE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 23. 12. 1999, S. 147; Rimmelspacher, ZJP 107 (1994), 452; ders., in: Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Rechtsstaat – Rechtsmittelstaat, 1999, S. 48 ff. – Im Kern ebenso schon der Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung. Im Königlich Preussischen Justiz-Ministerium bearbeitet, 1871, S. 240 (bezogen auf die Landgerichte als erste Instanz): „Es ist ... anzunehmen, daß die Landgerichte, da sie nicht allein den Personen, sondern auch der Zeit und dem Orte nach den streitigen Verhältnissen näher stehen, dieselben in tatsächlicher Beziehung präsumtiv richtiger würdigen werden als höhere Richter, hinsichtlich welcher die Präsumtion höherer Qualifikation hinsichtlich der tatsächlichen Würdigung des Rechtsstreits gewiss nicht gerechtfertigt erscheint.“ – Wortgleich die Begründung des Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, 1872, S. 44 f.

ZPO ist es nicht verwunderlich, dass sich ein Hauptaugenmerk bei der Anwendung des neuen Rechts gerade auf diese Norm richtet.

Eng verknüpft mit der neuen Funktion der Berufung ist § 529 II ZPO. Dessen erster Satz ist nämlich mittelbare Folge der neuen Zweckbestimmung. Ohne die hier vorgesehene Beschränkung wäre das Berufungsgericht im System der Fehlerkontrolle gehalten, das gesamte erstinstanzliche Verfahren auf mögliche prozessuale Mängel und deren Relevanz für die Sachverhaltsfeststellung zu untersuchen. Der hierdurch verursachte Aufwand stünde, wie rechtstatsächliche Untersuchungen belegen³, in keinem Verhältnis zu dem rechtsstaatlichen Gewinn amtsweiger Verfahrenskontrolle. Deshalb hat der Gesetzgeber die Überprüfung des erstinstanzlichen Verfahrens von einer Parteirüge abhängig gemacht, um dem Berufungsgericht eine gezielte Kontrolle zu ermöglichen. Dagegen ist das Rechtsmittelgericht nach § 529 II 2 ZPO im Übrigen zu einer unbeschränkten Rechtskontrolle berechtigt und verpflichtet. Dabei handelt es sich um die Prüfung korrekter Anwendung der Normen, nach denen sich die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage bemisst (sog. Maßstabsnormen).

Im Einzelnen konzentriert sich die Diskussion bei § 529 ZPO auf die Fragen nach den Grundlagen der Berufungsentscheidung (II), nach Inhalt und Grenzen der Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen (III) sowie nach den Voraussetzungen und nach dem Umfang eigener Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts (IV). Erst danach wird sich die Ausgangsfrage, ob der Berufungsrichter eher tatrichterliche oder eher revisionsrichterliche Funktionen wahrzunehmen hat, beantworten lassen (V).

II. Grundlagen der Berufungsentscheidung

Die Entscheidung des Berufungsgerichts basiert auf dem in zweiter Instanz anfallenden sowie auf dem aus der ersten in die zweite Instanz transportierten Prozessstoff.

1. Neuer Prozessstoff der Berufungsinstanz

Dass der in der Berufungsinstanz anfallende Prozessstoff zu den Entscheidungsgrundlagen für das Berufungsgericht gehört, sagt das Gesetz – weil pure Selbstverständlichkeit – nicht ausdrücklich. Was dazu gehört, erschließt sich aber aus einer Reihe von Vorschriften. Hier kommt zunächst die Regel des § 128 ZPO in Betracht, die als Teil der allgemeinen Verfahrensnormen auch für die Berufungsinstanz gilt. Hinzu treten nach § 525 ZPO die entsprechend anwendbaren Vorschriften, die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten gelten. Damit sind beispielsweise erfasst die Vorschriften über das Geständnis, das Anerkenntnis und den Verzicht ebenso wie die Vorschriften über die Beweisaufnahme. Bei den eigenständigen Normen des Berufsrechts setzt § 531 II ZPO geradezu voraus, dass zweitinstanzlich vorgetragene Angriffs- und Verteidigungsmittel relevant sind, wenn das Gesetz ihre Zulässigkeitsprüfung anordnet. Dass auch Zwischenentscheidungen in der zweiten Instanz zu deren Prozessstoff rechnen, erschließt sich mittelbar aus § 557 II ZPO; denn danach unterliegen Zwischenentscheidungen des Berufungsgerichts grundsätzlich der Nachprüfung durch das Revisionsgericht, soweit das zweitinstanzliche Endurteil auf ihnen beruht.

2. Prozessstoff der ersten Instanz

Zu den Entscheidungsgrundlagen der Berufungsinstanz gehört auch der Prozessstoff des ersten Rechtszugs. Der Verhandlungsinhalt, die Ergebnisse von Beweisaufnah-

men, Zwischenentscheidungen und das erstinstanzliche Endurteil gelangen mit einem zulässigen Rechtsmittel ohne weiteres in den zweiten Rechtszug⁴. Beispielfaht bestätigen dies für das Geständnis § 535 ZPO und für Zwischenentscheidungen § 512 ZPO. Dass für den „Transport“ ein Parteivortrag nicht erforderlich ist, ergibt sich daraus, dass der Reformgesetzgeber die Norm des § 526 ZPO (a.F.) gestrichen hat, die eben diesen Vortrag erwartete⁵. Im Übrigen lässt sich der „Transport“ für verschiedene Teile des erstinstanzlichen Parteivorbringens aus einer Reihe von Vorschriften erschließen.

a) Soweit das *Eingangsgesicht Tatsachen festgestellt* hat, setzt die Bindungsregel des § 529 I Nr. 1 ZPO voraus, dass auch das zu Grunde liegende Vorbringen zur Entscheidungsbasis des Berufungsgerichts gehört. Diese Bindungsregel entspricht derjenigen für das Revisionsgericht in § 559 II ZPO. Nach dieser Norm ist das Revisionsgericht an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden, dass eine Tatsachenbehauptung wahr oder nicht wahr sei. In Parallele hierzu sind i. S. von § 529 I Nr. 1 ZPO diejenigen Tatsachenbehauptungen als festgestellt anzusehen, zu denen das erstinstanzliche Gericht entschieden hat, dass sie als wahr oder nicht wahr zu erachten seien. Diese Entscheidung hat das Gericht im Fall streitiger Tatsachenbehauptungen und in Fällen der Prüfung von Amts wegen nach § 286 ZPO in freier Beweiswürdigung, im Fall unstreitiger oder zugestandener Tatsachenbehauptungen auf der Grundlage der §§ 138 III, 288 I ZPO, im Fall offenkundiger Tatsachen auf Grund des § 291 ZPO zu treffen. Die Feststellung, eine Tatsachenbehauptung treffe nicht zu, liegt nicht nur vor, wenn das Erstgericht die Behauptung infolge eines gegückten Gegenbeweises als widerlegt ansieht, sondern auch dann, wenn sich das Erstgericht (nach Durchführung einer Beweisaufnahme oder mangels Beweisantritts ohne eine solche) lediglich nicht von der Richtigkeit der Behauptung überzeugen konnte, also eine Beweislastentscheidung getroffen hat.

b) Zu den aus der erster Instanz in den zweiten Rechtszug übergegangenen Verhandlungs- und Entscheidungsgrundlagen gehört auch dasjenige *Parteivorbringen*, das aus dem erstinstanzlichen Sitzungsprotokoll oder Urteil ersichtlich ist, zu dessen Wahrheitsgehalt das *Eingangsgesicht aber nicht Stellung genommen*, insbesondere wenn es das Vorbringen als unerheblich erachtet hat. Das ergibt sich aus dem Sinngehalt des § 529 I Nr. 1 ZPO; denn nach dem zweiten Halbsatz dieser Norm kann Vorbringen, welches das Eingangsgesicht als unerheblich erachtet oder gar übersehen hat, einen konkreten Anhaltspunkt bilden, der Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründet. Um dieses Parteivorbringen als Prozessstoff der zweiten Instanz qualifizieren zu können, braucht man es daher nicht unter den Begriff der „festgestellten Tatsachen“ i. S. des § 529 I Nr. 1 ZPO zu pressen⁶.

c) Fraglich ist, ob und wie *Angriffs- und Verteidigungsmittel*, die erstinstanzlich zwar vorgebracht werden, aber *weder protokolliert noch im Urteil ausgewiesen* sind, Prozessstoff der Berufungsinstanz werden. Das ZPO-Reform-

3) Näher Rimmelspacher, Funktion und Ausgestaltung des Berufsverfahrens, 2000, S. 50, 188 f.

4) Ebenso i. E. Krieger, NJW 2002, 3049 (3051); Grunsky, NJW 2002, 800 (801); Musielak/Ball, ZPO, 3. Aufl. (2002), § 529 Rdnrn. 2 f.

5) Begr. des RegE, BT-Dr 14/4722 S. 99 (vgl. o. Fußn. 1).

6) So aber Ball, WuM 2002, 296 (297); Musielak/Ball (o. Fußn. 4) § 529 Rdnrn. 2 f.

gesetz gibt hierauf keine ausdrückliche Antwort. Die parallele Frage wird für die Revisionsinstanz in § 559 I 1 ZPO aufgegriffen. Dessen Regelung könnte als Grundmuster auch für die Berufungsinstanz in Frage kommen, weil das ZPO-Reformgesetz die Funktion der Berufung als Instrument der Fehlerkontrolle der Aufgabe des Revisionsgerichts angenähert hat. Allerdings ist schon revisionsrechtlich streitig, ob an den verhältnismäßig engen Wortlautgrenzen des § 559 I ZPO festzuhalten ist. Hier stehen sich zwei Auffassungen gegenüber⁷.

(1) Die tradierte, strengere lässt die Behebung von Lücken ebenso wie von Unrichtigkeiten in Sitzungsprotokoll und Tatbestand im Nachhinein nur im Wege einer Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO zu, um das zunächst urteils- oder protokollmäßig nicht ersichtliche Vorbringen doch noch Prozessstoff werden zu lassen⁸.

Die neuere, offenere Auffassung⁹ betrachtet die engen Grenzen des § 559 I 1 ZPO dagegen aus unterschiedlichen Gründen als überholt. Sie beruft sich dabei zum einen auf den Text des § 313 II ZPO: weil nach dessen „Knappheitsgebot“ die Angriffs- und Verteidigungsmittel nur ihren wesentlichen Inhalt nach darzustellen sind, könne ein dem Gesetz entsprechender Tatbestand kein vollständiges Bild des Parteivorbringens spiegeln. Deshalb dürfe im Wege einer Nichtberücksichtigungsrüge zwar nicht Vorbringen, das im Widerspruch zu ausdrücklichen Feststellungen im Urteil oder im Sitzungsprotokoll steht, wohl aber ergänzendes Vorbringen zur Grundlage der Rechtsmittelentscheidung gemacht werden. Damit – so das andere Argument¹⁰ – trage man der Tatsache Rechnung, dass Schriftsätze heute das „Grundmaterial für die Unterrichtung des Gerichts“¹¹ darstellen und deshalb von einer kumulativen Beurkundung des Prozessstoffs durch Tatbestand und Akteninhalt auszugehen sei. Ein drittes Argument findet sich in neueren Entscheidungen des BGH¹². Diese stützen sich auf den für die mündliche Verhandlung entwickelten und verbreiteten Standpunkt, mit Antragstellung und anschließendem Verhandeln werde der gesamte bis dahin entstandene Akteninhalt zum Gegenstand der Verhandlung gemacht¹³. Der BGH hat daraus kurzerhand den Schluss gezogen, das Revisionsgericht könne – wenn das Berufungsgericht schriftsätzliches Vorbringen nicht berücksichtigt habe – auf Grund einer Verfahrensrüge im Wege des § 559 I 2 ZPO¹⁴ auf den gesamten Akteninhalt zurückgreifen. All dies müsste nunmehr auch für das Verhältniss des Berufungsgerichts zum Eingangsgericht gelten.

Indes vermag die offenere Auffassung nicht zu überzeugen. Was die einzelnen Argumente betrifft, so bestehen zunächst gegenüber der Rechtsprechung des BGH erhebliche Bedenken zu deren revisionsrechtlichen Konsequenzen. Wenn beispielsweise eine Feststellung mit der Rüge angegriffen wird, die Vorinstanz habe das in einem bestimmten Schriftsatz vorgetragene Angriffsmittel außer Acht gelassen, in dem Schriftsatz aber das Angriffsmittel nach Auffassung des Revisionsgerichts gar nicht auftaucht, soll dieses dann befugt (und gehalten) sein, den gesamten Akteninhalt daraufhin zu durchforschen, ob das behauptete Angriffsmittel nicht an anderer Stelle vorgebracht wurde? Jedenfalls diese Konsequenz würde dem Zweck der §§ 551 III 1 Nr. 2 b¹⁵, 557 III 2, 559 I 2 ZPO widersprechen, die dem Revisionsgericht eine solche Arbeit gerade ersparen sollen. Darüber hinaus hat man dem BGH mit Recht entgegengehalten¹⁶, § 559 I 2 ZPO helfe nicht weiter, solange man an der sog. negativen Beweiskraft des Urteilstatbestands uneingeschränkt festhalte.

An diesem Punkt setzt nun das Argument aus § 313 II ZPO an. Allerdings gibt die Norm nicht her, was aus ihr herauszulesen sein soll; denn sie gestattet keine Selektion unter den Angriffs- und Verteidigungsmitteln, sondern nur eine Konzentration auf deren wesentlichen Inhalt. Ist aber die konzentrierte Wiedergabe des Parteivorbringens unvollständig, so sieht die ZPO genau für diesen Fall die Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO vor. Sofern das Gesetz selbst keinen anderen Rechtsbehelf zur Behebung von „Auslassungen“ neben dem Tatbestandsberichtigungsantrag eröffnet, besteht kein Anlass, von der gesetzlichen Systematik abzuweichen und einer Partei, die von einem Rechtsbehelf keinen Gebrauch gemacht hat, einen Ausweg zu bahnen. Das ist kein „leerer Formalismus“¹⁷, sondern ein Gebot der Rechtsklarheit.

Dieses Argument ist auch nicht mit der Erwägung zu widerlegen, dass die seit 1877 grundlegend veränderte Struktur des Zivilprozesses das Mündlichkeitsprinzip und damit das Beurkundungsprivileg des § 314 ZPO aufgehoben habe. Zudem kommt diese Erwägung nicht an der nach wie vor bestehenden Unterscheidung zwischen mündlichen und schriftlichem Verfahren vorbei. Es dürfen nicht – gleichsam en passant – die Grenzen aufgehoben werden, welche die ZPO zwischen den Entscheidungen gezogen hat, die auf Grund mündlicher Verhandlung, und denjenigen, die im schriftlichen Verfahren oder auf Grund der Aktenlage ergehen.

Daher ist richtigerweise von der strengerer Ausprägung des Rechtsgedankens des § 559 I 1 ZPO auszugehen und eine Partei, deren Vorbringen nicht aus Sitzungsprotokoll oder Urteil ersichtlich ist, grundsätzlich auf das Tatbestandsberichtigungsverfahren zu verweisen, wenn dieses Vorbringen als Prozessstoff der Vorinstanz erscheinen soll.

(2) Allerdings kann der revisionsrechtliche Befund nicht unbeschoren auf das Berufungsrecht übertragen werden. Denn hier ist die beschwerte Partei trotz des strengerer revisionsrechtlichen Ausgangspunkts nicht in allen Fällen auf das Verfahren nach § 320 ZPO beschränkt. Vielmehr eröffnet sich ihr in weitem Umfang die Möglichkeit, nicht ausgewiesenes Vorbringen direkt im Berufungsverfahren vorzutragen. Sofern der Tatbestand nicht berichtigt wird,

7) Dabei ist zu beachten, dass die beiden Auffassungen sich zur Rechtslage vor der Reform entwickelt haben. Offen muss hier bleiben, ob die Änderungen des Berufungsverfahrens nicht Fernwirkungen für das Revisionsverfahren ausgelöst haben, die im Gesetzgebungsprozess nicht bedacht und daher auch nicht ausformuliert worden sind. Solche Fernwirkungen können die revisionsrechtliche Problematik möglicherweise erheblich entschärfen, vergleichbar der Entschärfung, die sich für die Berufungsinstanz aus § 531 II ergibt; dazu unten II 2 c (2).

8) BGH, NJW 1983, 885 (886); BGH, NJW-RR 1990, 1269 (jew. zum Revisionsrecht); Grunsky, NJW 2002, 800 (801).

9) BGH, NJW 1992, 2148; BGH, NJW-RR 1996, 379; AG Frankfurt a. M., NJW 2002, 2328; Ball, WuM 2002, 296 (298); ders., in: Festschr. f. Geiß, 2000, S. 3, 20 ff.; Barth, NJW 2002, 1702; Crückerberg, MDR 2003, 199 (200); Fischer, DRiZ 1994, 461 (463 f.); Gaier, Urteilstatbestand und Mündlichkeitsprinzip, 1999; Gehrlein, MDR 2003, 421 (427); Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsbd. (2002), § 559 Rdnr. 7; Musielak/Ball (o. Fußn. 4) § 529 Rdnr. 7.

10) Gaier (o. Fußn. 9) S. 145 ff. (mit einer differenzierenden Lösung bei widersprechenden Darstellungen in Tatbestand und Schriftsätzen S. 158 f.).

11) Gaier (o. Fußn. 9), S. 144.

12) BGH, NJW 1992, 2148 (2149); ebenso BGH, NJW-RR 1996, 379.

13) S. statt vieler BGH, LM § 129 ZPO Nr. 1 = WM 1981, 798 (799); Peters, in: MünchKomm-ZPO, Bd. 1, 2. Aufl. (2000), § 137 Rdnr. 5; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 2, 21. Aufl. (1994), § 137 Rdnr. 4.

14) Früher § 561 I 2 ZPO.

15) Dazu bereits BGHZ 14, 205 (209 f.).

16) Gaier (o. Fußn. 9) S. 25 ff.

17) Gaier (o. Fußn. 9) S. 162.

sind nämlich die aus dem erstinstanzlichen Protokoll oder Urteil nicht ersichtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel als im ersten Rechtszug nicht vorgebracht anzusehen¹⁸. Sie sind daher in zweiter Instanz neu i. S. von § 531 II ZPO. Freilich ist neues Vorbringen nur unter besonderen Voraussetzungen zuzulassen. Da § 531 II ZPO insoweit zwischen verschiedenen Fallgestaltungen unterscheidet, ist zu differenzieren.

In eine erste Gruppe gehören die Fälle, in denen das Eingangsgericht Vorbringen zu Unrecht als unerheblich erachtet und deshalb beiseite gelassen hat. Derlei Angriffs- und Verteidigungsmittel können gem. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO zulässigerweise mit der Berufung vorgetragen werden. Damit wird dem berechtigten Bedürfnis der beschwerten Partei nach hinreichender Zeit für die Prüfung des erstinstanzlichen Urteils und für die Vorbereitung des Rechtsmittelangriffs genügt. Das gilt unabhängig davon, ob das „neue“ Vorbringen die erstinstanzliche Sachverhaltsdarstellung ergänzt oder ihr widerspricht, und ebenso unabhängig davon, ob es im ersten Rechtszug schriftsätzlich oder nur in der mündlichen Verhandlung eingeführt worden sein soll.

Eine zweite Fallgruppe führt zu § 531 II 1 Nr. 2 ZPO. Dessen Voraussetzungen sind dann erfüllt, wenn das nicht ausgewiesene Vorbringen schon nach dem Rechtsstandpunkt des Eingangsgerichts erheblich gewesen wäre, das (zu unterstellende) Fehlen der Angriffs- und Verteidigungsmittel aber das Eingangsgericht zum Beispiel bei fehlender Schlüssigkeit oder gänzlich fehlenden Beweisangeboten zu Hinweisen nach § 139 ZPO hätte veranlassen müssen. Dass in diesen Fällen die beschwerte Partei nicht auf das Tatbestandsberichtigungsverfahren beschränkt ist, rechtfertigt sich daraus, dass hier dem Eingangsgericht gleichsam ein doppelter Verfahrensfehler unterlaufen ist.

Es bleiben lediglich die Fälle, in denen das Eingangsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus an sich erhebliche Angriffs- oder Verteidigungsmittel außer Acht gelassen hat, ohne dass darin (über die mangels Dokumentation in Protokoll oder Urteil nicht nachweisbare Verletzung des § 286 ZPO hinaus) ein weiterer Verfahrensfehler steckt. Man denke etwa an den Fall, dass Vorbringen des Klägers, obwohl bestritten, als unstreitig angesehen wurde. Hier käme nur § 531 II 1 Nr. 3 ZPO in Betracht. Jedoch wird es dem Berufungskläger schwerlich gelingen, fehlende Nachlässigkeit glaubhaft zu machen. Dabei sollte man allerdings nicht darauf abstellen, dass die Partei die Angriffs- und Verteidigungsmittel ja tatsächlich vorgebracht habe. Vielmehr wird man dem Berufungskläger insoweit Nachlässigkeit zur Last legen, als er das für eine Tatbestandsberichtigung offen stehende Verfahren des ersten Rechtszugs nicht in Anspruch genommen hat¹⁹. In dieser Fallgruppe ist die betroffene Partei deshalb auf das Tatbestandsberichtigungsverfahren angewiesen. Dass ihr für den Berichtigungsantrag dann nur die Zweiwochenfrist des § 320 I ZPO statt der Zweimonatsfrist des § 520 II ZPO zur Verfügung steht, ist zumutbar, denn der dem Eingangsgericht unterlaufene Fehler liegt selbst für eine nicht anwaltlich vertretene Partei offen zu Tage und kann deshalb binnen kurzem moniert werden.

Über die Fälle des § 531 II ZPO hinaus kann nicht ausgewiesenes erstinstanzliches Vorbringen mit der Berufung nur dann zum Prozessstoff des zweiten Rechtszugs gemacht werden, wenn eine Tatbestandsberichtigung wegen Wegfalls oder Verhinderung des erstinstanzlichen Richters nicht möglich ist; sonst wäre jede Berichtigung ausgeschlossen, ohne dass die Partei hierfür Verantwortung trüge²⁰.

III. Inhalt und Grenzen der Bindung an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen

1. Grundsätzliche Bindung

a) Infolge der Neukonzeption der Berufung hat das zweitinstanzliche Gericht seiner Entscheidung prinzipiell die vom Eingangsgericht festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen. Anders als § 525 ZPO (a. F.) es vorgesehen hatte, wird im reformierten Berufungsverfahren der Rechtsstreit gerade nicht von neuem verhandelt, werden Beweise nicht erneut erhoben oder gewürdigt, sofern kein Ausnahmefall nach § 529 I ZPO vorliegt.

b) Streitig ist, ob auch die *nicht entscheidungstragenden erstinstanzlichen Feststellungen* – etwa zu bloß hilfweisem Vorbringen²¹ – binden²². In der Regel sollten derlei Feststellungen nicht vorkommen, weil sie überflüssig sind. Relevant können sie für die zweite Instanz werden, wenn das Berufungsgericht einen anderen Rechtsstandpunkt zu Grunde legt oder zu einer anderen rechtlichen Bewertung gelangt als das Eingangsgericht.

Die Antwort auf die Streitfrage ergibt sich nicht aus § 513 ZPO oder § 520 ZPO²³, weil diese Normen nur Berufungsgründe und Berufungsbegründung regeln, sondern aus § 529 I ZPO; denn hier werden die Bindung und ihre Grenzen festgelegt. Diese Norm aber ordnet in Nr. 1 die Bindung an alle erstinstanzlich getroffenen Feststellungen an, ohne danach zu unterscheiden, ob sie für das angefochtene Urteil relevant waren oder nicht. Das bestätigt der die Bindung einschränkende „Soweit“-Zusatz. Das darin auftauchende Adjektiv „entscheidungs-erheblich“ bezieht sich nämlich auf das Urteil des Berufungs-, nicht des Eingangsgerichts; denn nur insoweit sind Zweifel begründende konkrete Anhaltspunkte im zweiten Rechtszug überhaupt von Interesse und Grund für erneute Feststellungen. Diese Lösung stimmt auch mit der Aufgabe des Berufungsgerichts überein: es prüft nicht, ob das angefochtene Urteil vom untergerichtlichen, sondern ob es vom objektiven Standpunkt aus richtig ist. Daher kann es für die Bindung an die Tatsachenfeststellungen nicht darauf ankommen, ob diese für die Entscheidung des Eingangsgerichts tragend waren. Die teilweise entgegenstehende Ansicht des BGH²⁴ zur Revision ist durch das ZPO-Reformgesetz jedenfalls für die Berufung überholt.

Die Bindung an die nicht entscheidungstragenden Feststellungen unterliegt denselben Grenzen wie die Bindung an die entscheidungstragenden. Dabei gilt § 529 I ZPO uneingeschränkt. Hinausgeschoben wird jedoch die zeitliche Grenze des § 529 II 1 ZPO für die Erhebung einer Verfahrensrüge²⁵.

c) Die sich aus der Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung ergebende grundsätzliche Bindung gilt gleichermaßen für Feststellungen zu Voraussetzungen der *Zulässigkeit* wie zur *Begründetheit der Klage*²⁶. Dass die Bin-

18) BAG, NJW 1960, 166; Gaier (o. Fußn. 9) S. 49; Reichhold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl. (2003), § 531 Rdnr. 13.

19) Vgl. auch Gaier (o. Fußn. 9) S. 48 ff. zur Rechtslage nach § 528 ZPO (a. F.).

20) Crückeberg, MDR 2003, 199 (200).

21) Beispiel RGZ 166, 263 (267 f.).

22) Verneinend Vorwerk (in diesem Heft) S. 4; bejahend zur entsprechenden revisionsgerichtlichen Problematik BGH, NJW 1992, 436 (438); BAG, MDR 2002, 777; Musielak/Ball (o. Fußn. 4) § 559 Rdnr. 20; Grunsky, in: Stein/Jonas (o. Fußn. 13), § 561 (a. F.) Rdnr. 31. Teilweise anders BGH, NJW 1984, 2353 (2354); zust. Wenzel, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 9), § 559 Rdnr. 9.

23) So Vorwerk (in diesem Heft) S. 4.

24) BGH, NJW 1984, 2353 (2354).

25) S. unten IV 1 a (1) bei Fußn. 35.

26) Näher Rimmelspacher in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 9), § 539 Rdnr. 7.

dung an erstinstanzliche Feststellungen zur Zulässigkeit jedoch leichter entfallen kann, weil neue Tatsachen- und Beweismittel in diesem Bereich nicht präkludierbar sind, steht auf einem anderen Blatt²⁷.

2. Parteidisposition?

Die in § 529 I Nr. 1 ZPO angeordnete Bindung an die in erster Instanz festgestellten Tatsachen ergibt sich aus der Funktion der Berufung als Mittel der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung²⁸. Diese aus allgemeinen Erwägungen konzipierte Funktion unterliegt nicht der Parteidisposition. Die Parteien können deshalb nicht über § 529 I ZPO hinaus das Berufungsgericht ermächtigen oder gar verpflichten, die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts zu überprüfen. Die Bindung des Berufungsgerichts an die Feststellungen des Eingangsgerichts hindert eine Partei jedoch nicht, ihr festgestelltes Vorbringen im zweiten Rechtszug fallen zu lassen²⁹.

IV. Eigene Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts

Eigene Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts können aus zwei Gründen notwendig werden: zum einen dann, wenn die Feststellungen des Eingangsgerichts sich als zweifelhaft erweisen und deshalb die Bindung an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen entfällt; zum anderen, wenn Tatsachenbehauptungen entscheidungserheblich sind oder werden, zu denen das Eingangsgericht noch überhaupt nicht Stellung genommen hat. Im ersten Fall kann man von *erneuten*, im zweiten Fall von *neuen* Tatsachenfeststellungen sprechen.

1. Voraussetzungen erneuter Tatsachenfeststellungen

Nach § 529 I Nr. 1 ZPO zedeiert die Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an ihrer Richtigkeit³⁰ begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten.

a) Vorausgesetzt wird also zunächst, dass *konkrete Anhaltspunkte* vorliegen, welche die Feststellungen der ersten Instanz als zweifelhaft erscheinen lassen. Die bloß abstrakte Erwägung oder Vermutung ihrer Unrichtigkeit genügt dagegen nicht. Auch wenn sich ein vollständiger Katalog solcher Zweifel begründender Umstände nicht aufstellen lässt, so können doch die einschlägigen Kategorien angegeben werden.

(1) Im Vordergrund stehen dabei die *Verfahrensfehler*, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Da diese Feststellung von den verfahrensleitenden Normen der ZPO gesteuert wird, stellt deren Verletzung durch das Erstgericht ein konkretes Indiz für die Fehlerhaftigkeit der Feststellungen dar. In Betracht kommt in diesem Zusammenhang insbesondere die Nichtbeachtung der Regeln zur mündlichen Verhandlung (§§ 128, 128 a, 156 ZPO), die unzureichende Ausübung der materiellen Prozessleitung (§§ 139, 273, 396 ZPO), die unberechtigte Präklusion von Parteivorbringen (§ 296 ZPO), die Verletzung von Beweisnahmeregeln (§§ 355 ff. ZPO), Ermessensmissbrauch (z. B. bei §§ 404, 448 f. ZPO), eine fehlerhafte Beweiswürdigung unter Verkennung des Beweismaßes oder unter Verletzung der §§ 286 ff. ZPO einschließlich der dazu entwickelten richterlichen Regeln.

Ob das erstinstanzliche Verfahren fehlerhaft war, ist vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus zu prüfen und zu entscheiden. Das ergibt sich aus dem jedem Rechtsmittel innewohnenden Zweck der objektiven Richtigkeitskontrolle³¹. Insbesondere gilt dies für die Fälle, in denen Umfang und Ausgestaltung des Verfahrens von der zu Grunde liegenden materiell-rechtlichen

Beurteilung des Rechtsstreits abhängt³², wie etwa bei Ausübung der materiellen Prozessleitung nach § 139 ZPO. Sonst könnte die groteske Situation eintreten, dass die Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen fort-dauert, obwohl der materiell-rechtliche Standpunkt des Eingangsgerichts sich als unzutreffend erweist. Selbst eine nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens eingetretene Gesetzesänderung kann das Verfahren des Eingangsgerichts nachträglich fehlerhaft werden lassen; denn aus dem Grundsatz der objektiven Richtigkeitskontrolle folgt, dass es auf ein Verschulden des Eingangsgerichts nicht ankommt.

Voraussetzung für die Beachtlichkeit eines nicht von Amts wegen zu prüfenden Verfahrensfehlers³³ ist nach § 529 II 1 ZPO *grundsätzlich*, dass ein solcher in der Berufungsbegründung geltend gemacht und darauf gestützt eine bestimmte erstinstanzliche Tatsachenfeststellung angegriffen worden ist.

Ausnahmsweise ist – wie das bisher schon im Revisionsverfahren gestattet war³⁴ – eine Gegenrüge des Berufungsbeklagten zulässig, wenn erst infolge einer Verfahrensrüge des Berufungsführers oder infolge einer vom angefochtenen Urteil abweichenden rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts Verfahrensmängel erheblich werden, die sich zu Ungunsten des Rechtsmittelbeklagten auswirken. Entsprechendes muss nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung bei erfolgreichen Gegenrügen des Berufungsbeklagten oder bei einem Wechsel des Rechtsstandpunkts des Berufungsgerichts aber auch für den Rechtsmittelführer gelten³⁵, zumal § 520 III 2 ZPO keine „Eventualrügen“ fordert. Deshalb darf dem Rechtsmittelführer kein Nachteil daraus erwachsen, dass er solche Rügen nicht bereits in der Berufungsbegründung erhoben hat. Nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist können ferner unter den Voraussetzungen des § 233 ZPO bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch Verfahrensmängel geltend gemacht werden, die einen Wiederaufnahme- oder Verfassungsbeschwerdegrund enthalten. Es wäre nämlich widersinnig, einer Partei die nachträgliche Geltendmachung solcher Gründe zu versagen, ihr aber den Weg der Wiederaufnahmeklage oder der Verfassungsbeschwerde gegen das Berufungsurteil zu eröffnen.

Ohne Rüge sind schließlich jene Verfahrensmängel zu beachten, die sich direkt aus dem Urteil ablesen lassen; denn für sie trifft die ratio legis des § 529 II 1 ZPO nicht zu, dem Berufungsgericht weitläufiges Aktenstudium zu ersparen, um Verfahrensfehler aufzuspüren; das angefochtene Urteil muss das Berufungsgericht allemal lesen³⁶. Relevant wird dieser Fall etwa bei einer Beweiswürdigung in den Entscheidungsgründen, die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze missachtet.

Das Berufungsgericht ist jedoch weder befugt noch gar verpflichtet, eine angegriffene Feststellung auch unter

27) Dazu unten IV 1 a (3), IV 2.

28) S. o. I.

29) Näher Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 9), § 529 Rdnr. 9; a. A. Meyer-Seitz, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsgesetz, 2002, § 529 Rdnr. 17.

30) Die in § 529 I Nr. 1 ZPO ebenfalls genannte Vollständigkeit ist bloß ein Unterfall der Richtigkeit.

31) Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 9) Vorb. § 511 Rdnr. 3.

32) Wie hier Ball, WuM 2002, 296 (298).

33) Zu den von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmängeln näher Rimmelspacher, in: Festschr. f. Beys, 2003, S. 1333 ff.

34) BGH, MDR 1976, 138; BGH, NJW 1988, 1321 (1322); BAG, NJW 1965, 2268; Rimmelspacher, ZRP 84 (1971), 41, 62 ff.

35) Vgl. Vorwerk, Prozessformularbuch, 7. Aufl. (2003), Kap. 65 Rdnrn. 165 ff., 172.

36) Rimmelspacher, in: Festschr. f. Beys (o. Fußn. 33), S. 1345 f., 1349.

dem Gesichtspunkt eines nicht gerügten Verfahrensfehlers zu prüfen oder gar alle erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen zu kontrollieren, wenn nur die Feststellung irgendeiner Tatsache mit irgendeinem zulässigen Angriff i. S. von § 529 I ZPO gerügt wurde³⁷. Damit würde ihm nämlich die Last aufgebürdet, das gesamte erstinstanzliche Verfahren nach Verfahrensmängeln zu „durchforsten“. Das ist mit dem Normzweck des § 529 II 1 ZPO unvereinbar. Wollte man es aber dem Ermessen des Berufungsgerichts anheim geben, wieweit und mit welcher Intensität es sich auf die Suche nach solchen Anhaltspunkten begibt, oder es gar dem Zufall überlassen, ob das Berufungsgericht bei Gelegenheit einen Verfahrensfehler entdeckt, so wäre man über das bisherige Recht nicht hinausgelangt. Selbst über § 525 i. V. mit §§ 398, 412 ZPO ist eine Befugnis des Berufungsgerichts nicht zu begründen, nach seinem Ermessen eine Beweisaufnahme zu wiederholen und auf der Grundlage des § 286 ZPO den gesamten Streitstoff erster und zweiter Instanz frei zu würdigen³⁸. Damit ließe man nämlich den Vorbehalt des § 525 S. 1 ZPO außer Acht, wonach die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften nur insoweit in der Berufungsinstanz entsprechend anzuwenden sind, als sich nicht Abweichungen aus den Normen des Berufsrechts ergeben. Zu diesen spezifischen Normen gehört gerade § 529 ZPO³⁹. Daher ist der Umstand, dass §§ 286, 398, 412 ZPO durch das ZPO-Reformgesetz nicht verändert worden sind, in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

(2) Auch *neue Angriffs- und Verteidigungsmittel*, die gem. § 529 I Nr. 2 i. V. mit §§ 531 II, 532 S. 2 ZPO⁴⁰ oder weil auf Prozessvoraussetzungen bezogen zulässigerweise in die Berufungsinstanz eingeführt werden, vermögen die erstinstanzlichen Feststellungen zweifelhaft werden zu lassen. Dagegen kann neues Vorbringen, das nicht zuzulassen oder zulässig ist, auch nicht als „konkreter Anhaltspunkt“ i. S. von § 529 I Nr. 1 ZPO herangezogen werden⁴¹. Sonst würden die Präklusionsregeln unterlaufen und das Ziel des ZPO-Reformgesetzes in Frage gestellt, den Rechtsstreit möglichst in erster Instanz umfassend zu verhandeln.

(3) Schließlich können *von Amts wegen zu berücksichtigende Umstände*, welche die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen beeinflussen, unabhängig vom Parteivorbringen oder einer Nachlässigkeit einer Partei Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründen⁴². Das kann insbesondere in Familiensachen wegen des Untersuchungsgrundsatzes (§§ 616, 640 I, 661 II ZPO) Gewicht erhalten.

(4) *Sonstige Umstände* sind dagegen nicht geeignet, die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen in Zweifel zu ziehen. Zur Klärung der Frage, ob eine Tatsachenbehauptung wahr oder nicht wahr und ob die Richtigkeit einer Tatsachenfeststellung zweifelhaft ist, gibt es nämlich im Prozess außerhalb der normativen Sphäre keine verlässlichen Kriterien. So unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Tatelemente“⁴³ oder „äußere Tatsachen“⁴⁴ stellen keinen Ersatz für rechtliche Maßstäbe dar. Man hat sich zwar – um die Relevanz „äußerer Umstände“ als Zweifel begründende Umstände zu belegen – auf die Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestags berufen⁴⁵. Dabei wird jedoch übersehen, dass der Rechtsausschuss nicht „äußere Tatsachen“ als solche genügen lassen wollte, sondern forderte, dass diese „bei objektiver Bewertung“ geeignet sind, die Urteilsfeststellungen in Zweifel zu ziehen⁴⁶. Die Kriterien einer solchen „objektiven Bewertung“ können aber in einem rechtlich geordneten Verfahren keine anderen als eben rechtliche sein.

Nicht ganz ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang freilich das „Rechtsgefühl“ des Berufungsgerichts, die Feststellung des Eingangsgerichts müsse „irgendwie“

unrichtig sein. Allerdings genügt das Rechtsgefühl nicht für sich⁴⁷, sondern erst, wenn es sich in richterrechtlichen Regeln zur Beweiserhebung und Beweiswürdigung niedergeschlagen hat, insbesondere im Rahmen des § 286 ZPO. Dann aber handelt es sich um Regeln, die Rechtsnormen gleichstehen. Ihre Nichtbeachtung durch das Erstgericht stellt einen für § 529 I Nr. 1 ZPO erheblichen Verfahrensfehler dar.

b) Liegt nach der Überzeugung des Berufungsgerichts ein konkreter Anhaltspunkt im Sinn einer der beschriebenen Kategorien vor, dann sind Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen schon dann begründet, wenn die *Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Sachverhaltsfeststellung ohne Verfahrensfehler oder bei Verwertung des neuen Vorbringens oder der von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstände anders ausgefallen wäre*. Diese Lösung knüpft an die im Revisionsrecht bewährte und anerkannte Auffassung an, dass eine tatsächliche Feststellung des Untergerichts schon dann aufzuheben ist, wenn ein Verfahrensfehler auch nur möglicherweise zu einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung geführt haben kann⁴⁸.

c) Selbst wenn Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründet sind, setzt § 529 I Nr. 1 ZPO schließlich voraus, dass die *erneute Feststellung geboten* ist. Folgte man dem Wortlaut des Gesetzes, käme es darauf an, ob gerade die Zweifel begründenden Anhaltspunkte die erneute Feststellung gebieten. Das ist vom Gesetzgeber jedoch nicht so gemeint. Der Bericht des Rechtsausschusses, auf den die jetzige Fassung des Gesetzes zurückgeht, lässt vielmehr erkennen, dass das Berufungsgericht erneute Feststellungen dann zu treffen hat, wenn es von der „naheliegenden und nicht nur theoretischen Möglichkeit“⁴⁹ ausgehen kann, es werde den entscheidungserheblichen Sachverhalt selbst vollständiger und richtiger rekonstruieren können als das Eingangsgericht. Hatte dieses beispielsweise in einem Schadensersatzprozess die Kausalität des Beklagtenverhaltens für die Schädigung als nicht bewiesen erachtet, weil die Einnahme des Augenscheins und der erhobene Sachverständigenbeweis nichts erbracht haben, der einzige für den Hergang in Betracht kommende Zeuge jedoch zu Unrecht nicht vernommen wurde, so bleibt es gleichwohl bei der Feststellung der ersten Instanz, wenn der Zeuge inzwischen verstorben ist.

37) In diesem Sinne wohl Meyer-Seitz in: *Hannich/Meyer-Seitz* (o. Fußn. 29), § 529 Rdnr. 26 i. V. mit § 513 Rdnr. 8, § 520 Rdnr. 19, § 529 Rdnr. 27, 43. – Dagegen auch *Hinz*, SchlHA 2003, 149 ff. (155).

38) So aber *Vorwerk* (o. Fußn. 35), Rdnr. 163; möglicherweise auch *Musielak/Ball* (o. Fußn. 4), § 529 Rdnr. 15.

39) Ebenso Meyer-Seitz, in: *Hannich/Meyer-Seitz* (o. Fußn. 29), § 529 Rdnr. 15.

40) Für Familiensachen vgl. ferner §§ 615, 621 d S. 2, 640 I, 661 II ZPO.

41) *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 2003, 139 (140); a. A. *Vorwerk* (in diesem Heft) S. 4; in dieselbe Richtung zielte eine Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundesrats (BR-Dr 397/1/01, S. 11), die im Wege der Anrufung des Vermittlungsausschusses die Streichung des § 520 III 2 Nr. 3 erreichen wollte; der Bundesrat hat jedoch den Ausschuss nicht angerufen (BR-Plenarprotokoll Nr. 765 S. 290).

42) BT-Dr 14/4722 S. 100 (vgl. o. Fußn. 1).

43) *Schumann/Kramer*, Die Berufung in Zivilsachen, 6. Aufl. (2002), Rdnr. 216.

44) *Heiderhoff*, JZ 2003, 490 (494).

45) *Heiderhoff*, JZ 2003, 490 (494).

46) BT-Dr 14/6036 S. 123 (vgl. o. Fußn. 1).

47) A. A. *Zöller/Gummer*, ZPO, 23. Aufl. (2002), § 529 Rdnr. 7: es genüge die Möglichkeit unterschiedlicher Wertung einer Zeugenaussage; in einem obiter dictum aufgegriffen – ohne auf die Problematik näher einzugehen – von *BVerfG*, NJW 2003, 2524; mit Recht kritisch dazu wiederum *Greger*, NJW 2003, 2882.

48) Näher *Rimmelspacher*, NJW 2002, 1897 (1902 f.).

49) BT-Dr 14/6036 S. 123 (vgl. o. Fußn. 1).

2. Voraussetzungen neuer Tatsachenfeststellungen

Neue Feststellungen hat das Berufungsgericht zu den nach seiner Auffassung entscheidungserheblichen Tatsachenbehauptungen zu treffen, zu denen das Eingangsgericht eine Feststellung versäumt hat. Eine neue Feststellung trifft zumeist neue Tatsachenbehauptungen i. S. von § 531 II ZPO, kann aber auch erstinstanzliche Tatsachenbehauptungen betreffen, zu deren Wahrheitsgehalt das Eingangsgericht nicht Stellung genommen, etwa weil es sie als unerheblich angesehen hat. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Gegenpartei solches Tatsachenvorbringen im zweiten Rechtszug mit einer Gegenrüge⁵⁰ bestreiten kann, soweit dies noch nicht in erster Instanz geschehen ist. Dieses Bestreiten fällt zwar als seinerseits neues Verteidigungsmittel unter § 531 II ZPO, ist aber nach dessen Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen.

Neues Vorbringen und neue Beweismittel (zu altem wie neuem Tatsachenvorbringen) sind nur zu berücksichtigen, soweit sie nach den schon genannten Maßstäben⁵¹ zuzulassen oder zulässig sind. Darüber hinaus können die Parteien auch einverständlich keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel einführen, weil die gesetzliche Beschränkung – ebenso wie die Beschränkung erneuter Feststellungen⁵² – Ausdruck der Funktion der Berufung als Instrument der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung ist und hierüber die Parteien zu disponieren nicht in der Lage sind.

3. Umfang erneuter und neuer Feststellungen

Das Berufungsgericht kann erneute Feststellungen nur insoweit treffen, als die konkreten Anhaltspunkte Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen begründet haben, und es kann neue Feststellungen nur zu den nach seiner Auffassung entscheidungserheblichen Tatsachenbehauptungen treffen, zu denen das Eingangsgericht keine Stellung genommen hat. Dagegen ist es dem Berufungsgericht nicht gestattet, auch diejenige Feststellungen beiseite zu schieben, die von den konkreten Zweifel begründenden Anhaltspunkten nicht betroffen sind, denn damit würde es seine Aufgabe als Instanz der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung überschreiten. Können die mit konkreten Anhaltspunkten begründeten Zweifel oder kann die Bedeutung einer neuen Tatsache jedoch nicht auf abgrenzbare Teile der Tatsachenfeststellungen beschränkt werden, so sind die Feststellungen insgesamt neu zu treffen.

Soweit neue oder erneute Feststellungen zu treffen sind, hat das Berufungsgericht nach der Neufassung des § 538 ZPO grundsätzlich selbst tätig zu werden. Damit wurde seine tatrichterliche Funktion im Vergleich zur früheren Rechtslage nach §§ 538 bis 540 ZPO(a. F.) sogar noch verstärkt.

V. Ergebnisse

1. Die Entscheidung des Berufungsgerichts basiert auf dem in zweiter Instanz anfallenden sowie auf dem aus der ersten in die zweite Instanz transportierten Prozessstoff. Zu letzterem gehören insbesondere die vom Eingangsgericht festgestellten Tatsachen sowie diejenigen Angriffs- und Verteidigungsmittel, die aus dem erstinstanzlichen Sitzungsprotokoll oder Urteil ersichtlich sind, zu deren Wahrheitsgehalt das Eingangsgericht aber nicht Stellung genommen hat.

2. Nicht aus dem erstinstanzlichen Sitzungsprotokoll oder Urteil ersichtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel können unter den Voraussetzungen des § 531 II 1 Nr. 1 und 2 ZPO in die Berufungsinstanz eingeführt werden.

3. Infolge der Neukonzeption der Berufung hat das zweitinstanzliche Gericht seiner Entscheidung prinzipiell die vom Eingangsgericht festgestellten Tatsachen zu Grunde zu legen. Auch nicht entscheidungstragende erstinstanzliche Feststellungen binden. Die Parteien können nicht über § 529 I ZPO hinaus das Berufungsgericht ermächtigen oder gar verpflichten, die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts zu überprüfen.

4. Eigene Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts können aus zwei Gründen notwendig werden: zum einen, wenn die Feststellungen des Eingangsgerichts sich als zweifelhaft erweisen und deshalb die Bindung an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen entfällt; zum anderen, wenn Tatsachenbehauptungen entscheidungserheblich sind oder werden, zu denen das Eingangsgericht noch überhaupt nicht Stellung genommen hat. Im ersten Fall kann man von erneuten, im zweiten Fall von neuen Tatsachenfeststellungen in der Berufungsinstanz sprechen.

5. Erneute Tatsachenfeststellungen sind zulässig, wenn infolge eines Verfahrensfehlers, infolge neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel oder von Amts wegen zu berücksichtigender Umstände Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründet sind und das Berufungsgericht davon ausgehen kann, es werde den entscheidungserheblichen Sachverhalt selbst vollständiger und richtiger rekonstruieren können als das Eingangsgericht.

6. Soweit Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen infolge eines Verfahrensfehlers zu erneuten Feststellungen führen sollen, wird grundsätzlich eine Rüge nach §§ 529 II 1, 520 III ZPO vorausgesetzt. Spätere Rügen des Berufungsklägers und Gegenrügen des Berufungsbeklagten sind in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig. Ohne Rüge sind die Verfahrensmängel zu beachten, die sich direkt aus dem Urteil ablesen lassen.

7. Neues Vorbringen und neue Beweismittel sind nur zu berücksichtigen, soweit sie nach §§ 531 II, 532 S. 2 ZPO zuzulassen oder ohne weiteres zulässig sind, weil sie die von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage betreffen.

8. Das Berufungsgericht kann erneute Feststellungen nur insoweit treffen, als die konkreten Anhaltspunkte die erstinstanzlichen Feststellungen in Zweifel gestellt haben. Können die mit konkreten Anhaltspunkten begründeten Zweifel jedoch nicht auf bestimmte, abgrenzbare Teile der Tatsachenfeststellungen beschränkt werden, so sind die Feststellungen insgesamt erneut zu treffen.

9. Die Aufgabe des Berufungsgerichts gleicht der des Revisionsrichters, insofern die Überprüfung des angefochtenen Urteils bei der Rechtsfrage ansetzt, ob es möglicherweise auf einem Verfahrensfehler oder tatsächlich auf der Verletzung einer Maßstabnorm beruht. Auch dass die Verfahrenskontrolle grundsätzlich von einer Parteirüge abhängt, findet eine Parallele im Revisionsrecht. Berufung und Revision gleichen sich schließlich in der Hinsicht, dass die richterliche Kontrolle im Übrigen von Amts wegen stattfindet. Als Tatrichter fungiert der Berufungsrichter aber, sobald und soweit ein Fehler in der Rekonstruktion des Sachverhalts festgestellt ist. Die Stellung des Berufungsrichters: teils dem Revisionsrichter, teils dem erstinstanzlichen Richter vergleichbar, entspricht daher exakt der Zielsetzung der reformierten Berufung als Instrument einerseits der Fehlerkontrolle, andererseits der Fehlerbeseitigung.

50) O. IV 1 a (1).

51) O. IV 1 a (2).

52) O. III 2.

Richter am BGH Dr. Reinhard Gaier, Karlsruhe

Die Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BGH

I. Einleitung

Durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses¹ ist seit dem 1. 1. 2002 der Zugang zur Revisionsinstanz grundlegend neu geregelt worden. Die Veränderungen sind für den Zivilprozess derart fundamental, dass Fehlinterpretationen unvermeidbar sind, wenn man sich dem neuen Recht unreflektiert mit tradierten Argumentationsmustern nähert. Damit die Unterschiede deutlich werden, zunächst ein Blick auf das früher geltende Recht.

1. Zugangskonzept des alten Recht

Nach altem Recht galt seit 1975² für den Zugang zur Revisionsinstanz ein Mischsystem von Zulassungs- und Wertrevision³. In nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten und in Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, wenn der Wert der Beschwer 60 000 DM nicht überschritt, hatte nach § 546 ZPO a. F. das Berufungsgericht über die Zulassung der Revision zu entscheiden. Als Zulassungsgründe kannte das Gesetz die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 546 I 2 Nr. 1 ZPO a. F.) und die Divergenz (§ 546 I 2 Nr. 2 ZPO a. F.), also das Abweichen von einer Entscheidung des BGH oder dem Gemeinsamen Senats. Hatte das Berufungsgericht zugelassen, so war das Revisionsgericht hieran gebunden (§ 546 III ZPO a. F.); hatte das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen, fand eine Überprüfung ebenfalls nicht statt⁴, eine Nichtzulassungsbeschwerde war also nicht eröffnet. Die Alternative der Wertrevision griff ein, wenn der Wert der Beschwer 60 000 DM überschritt. Hier war die Revision ohne Zulassung durch das Berufungsgericht statthaft. Scheitern konnte der Revisionskläger allerdings an einer Nichtannahme seines Rechtsmittels nach § 554 b ZPO a. F. Nach der Konzeption des Gesetzgebers sollte der BGH die Revision nur bei Rechtssachen mit grundsätzlicher Bedeutung annehmen müssen. Im Übrigen sollte das Gericht im Wege der Selbststeuerung seiner Arbeitsbelastung nach seinem Ermessen die Annahme ablehnen können⁵. Es ist also unpassend, dieses Modell als „Annahmerevision“ zu charakterisieren; tatsächlich wurde dem Revisionsgericht eine Ablehnungsbefugnis zugestanden⁶.

Der Ansatz einer gerichtsautonomen Lösung kollidierte indessen mit der Verfassung. Das BVerfG verpflichtete in einem Plenarbeschluss aus dem Jahr 1980 zu einer verfassungskonformen Auslegung des § 554 b ZPO a. F. Danach konnte auch bei fehlender Grundsätzlichkeit die Annahme einer Revision nicht abgelehnt werden, wenn dem Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg beizulegen war⁷. Nach dieser Entscheidung konnte der Einzelfallgerechtigkeit jenseits der Wertgrenze von 60 000 DM über drei Instanzen hinweg Rechnung getragen werden, während unterhalb der Wertgrenze diese Chance wegen der engen Zulassungsgründe regelmäßig verstellt war. Das veröffentlichte Zahlenmaterial spricht für sich: So ergingen 1998 etwa 22 000 Berufungsurteile der Oberlandesgerichte, bei denen die Wertgrenze nicht überschritten wurde, die Zulassung der Revision erfolgte aber nur in 163 Fällen⁸. Im Jahr 1999 standen beim BGH 153 zugelassenen Revisio-

nen 4223 Streitwertrevisionen gegenüber⁹. Hierzu passt es, dass die Gesetzesbegründung davon ausgeht, dass zuletzt mehr als 95% der Revisionen als Wertrevisionen zum BGH gelangten, obwohl nur 20% aller streitigen Berufungsurteile der Oberlandesgerichte die Wertgrenze erreichten. Mit dem Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit, das aus Art. 3 I GG herzuleiten ist¹⁰, konnte diese Schieflage schwerlich vereinbart werden. Die knappe Ressource Recht in der Ausprägung des Zugangs zur Revision war alles andere als gerecht verteilt¹¹.

2. Zugangskonzept des neuen Rechts

Der veränderte Ansatz des neuen Rechts lässt sich auf den Gedanken zurückführen, das Interesse der Allgemeinheit gewissermaßen als Filter für den Zugang zur Revisionsinstanz zu nutzen. Anders als bisher bei der Streitwertrevision steht das Rechtsmittel, eine entsprechende Beschwer vorausgesetzt, nicht mehr jedermann offen. Die Tür zur Revision ist jetzt grundsätzlich verschlossen. Wer die Tür öffnen will, braucht einen Schlüssel und den erhält nur, wer über sein privates Interesse an einer richtigen Entscheidung seines Falls hinaus, ein – näher bestimmtes – Interesse der Allgemeinheit an einer Entscheidung des Revisionsgerichts aufzeigen kann¹². Bei allem gehörigen Respekt vor der Einzelfallgerechtigkeit, bei aller Achtung vor den finanziellen Belastungen und persönlichen Schicksalen, die mit einem fehlerhaften Gerichtsurteil verbunden sein können: Als verfassungswidrig kann dieser Weg schwerlich bezeichnet werden¹³. Sollte von Verfassungs wegen Einzelfallgerechtigkeit im gesamten gesetzlich geregelten Instanzenzug garantiert sein, müsste das Grundgesetz auch die Garantie eines Rechtsmittelzugs beinhalten. Eben das ist aber nicht der Fall; das BVerfG hat in seiner jüngsten Plenarentscheidung zur fachgerichtlichen Abhilfe bei Gehörsverletzungen ausdrücklich an dem bekannten Prinzip festgehalten, dass das Grundgesetz Rechtsschutz durch den Richter, nicht aber gegen den Richter gewährleiste¹⁴. Es bleibt also dem Gesetzgeber überlassen, ob er angesichts konfligierender Interessen mehrere Instanzen zur Verfügung stellen will und welche Voraussetzungen für den Zugang zu höheren Instanz gelten sollen¹⁵. In der Plenarentscheidung aus dem Jahr 1980 hat das BVerfG selbst die Möglichkeit genannt, den Zugang zum Rechtsmittelgericht „nach

1) Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) v. 27. 7. 2001, BGBl. I, 1877.

2) Auf Grund des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen v. 8. 7. 1975, BGBl. I, 1863.

3) Musielak, NJW 2000, 2769 (2777).

4) BGH, NJW-RR 1998, 1445; BGH, NJW 1999, 3566.

5) Vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 7/3596, S. 4.

6) BVerfGE 54, 277 (286) = NJW 1981, 39.

7) BVerfGE 54, 277 (285) = NJW 1981, 39.

8) So die Angaben bei Däubler-Gmelin, ZRP 2000, 33 (34).

9) So die Angaben bei Däubler-Gmelin, ZRP 2000, 457 (458).

10) BVerfGE 54, 277 (293) = NJW 1981, 39.

11) Wenzel, NJW 2002, 3353.

12) Vgl. Begr. d. RegE, BT-Dr 14/4722 S. 66.

13) Er ist im Übrigen auch mit Art. 6 I EMRK zu vereinbaren, vgl. EGMR, NJW 1992, 1813 (1814).

14) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1925).

15) BVerfGE 54, 277 (291) = NJW 1981, 39; BVerfG, NJW 2003, 1924.

Maßgabe der Bedeutung der einzelnen Rechtssache für das Allgemeininteresse (zu) eröffnen“ und „Zugangskontrollen“ auch in Form von Zulassungsverfahren „durch den Vorderrichter oder durch den Rechtsmittelrichter“ vorzusehen¹⁶. Genau das hat der Gesetzgeber aber beim novellierten Revisionsrecht beachtet. Der Kardinalfehler der Selbststeuerungslösung aus dem Jahr 1975 lag darin, zunächst den Zugang zur Revision ohne weiteres zu eröffnen, es dann aber innerhalb des Revisionsverfahrens einer willkürlich erscheinenden Auswahl des Gerichts zu überlassen, ob der Rechtsmittelkläger zu seinem Recht gelangen konnte¹⁷. Mit anderen Worten: Innerhalb des einmal eröffneten Revisionsverfahrens sind die Ziele der Einzelfallgerechtigkeit und die im allgemeinen Interesse liegenden Ziele der Rechtsfortbildung und Rechtseinheitlichkeit gleichwertig, keines darf hinter das andere zurücktreten¹⁸. Hingegen ist es nicht ausgeschlossen, das Allgemeininteresse an einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Voraussetzung des Zugangs zur Revisionsinstanz zu machen. Entgegen der These, die die Veranstalter über diesen Themenblock gesetzt haben, wird Individualrechtsschutz nicht im Allgemeininteresse gewährt, vielmehr ist das Allgemeininteresse der Filter zur Steuerung eines gerechten Zugangs zur Revisionsinstanz¹⁹. Ist die Tür zum dritten Rechtszug durchschritten, so können die Parteien uneingeschränkt ihr Recht im Einzelfall einfordern.

3. Umsetzung der neuen Konzeption

Wie hat nun der Gesetzgeber sein neues Zugangskonzept umgesetzt? Die Revision ist jetzt nur noch nach einer Zulassung statthaft. Für die Zulassung sind die drei Zulassungsgründe des § 543 II 1 ZPO maßgebend, die das relevante Allgemeininteresse konkretisieren: Die grundsätzliche Bedeutung (Nr. 1), die Fortbildung des Rechts (Nr. 2, 1. Alt.) und schließlich die Einheitlichkeit der Rechtsprechung (Nr. 2, 2. Alt.). Die Zulassungsgründe sind zunächst vom Berufungsgericht zu prüfen (§ 543 I Nr. 1 ZPO). Entscheidet es sich für eine Zulassung, so ist das Revisionsgericht hieran gebunden (§ 543 II 2 ZPO). Lässt das Berufungsgericht die Revision nicht zu, so kann sich die beschwerte Partei hiergegen innerhalb eines Monats nach Zustellung des Berufungsurteils mit der Nichtzulassungsbeschwerde beim Revisionsgericht wehren (§ 544 ZPO) und auf diesem Weg eine Zulassung erzwingen. Maßgeblich für die Prüfung der Zulassungsgründe durch das Revisionsgericht sind die Umstände zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde²⁰.

Wichtig für eine Bewertung des neuen Rechts ist natürlich, welche Umstände der Gesetzgeber für das Allgemeininteresse anerkennen will. Aus dem Katalog der Zulassungsgründe erschließt sich das nicht ohne weiteres. Sie sprechen auf den ersten Blick dafür, dass es nur um die Verwirklichung der klassischen Revisionszwecke der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung geht. Ein solches Verständnis wäre nach den Materialien²¹ und der Entstehungsgeschichte²² aber zu eng. Das allgemeine Interesse ist nicht auf diese hochgesteckten, in der Praxis aber eher selten erreichbaren Ziele beschränkt. Es kann – wie sich zeigen wird – durchaus auch Korrekturen im Einzelfall erzwingen und erlaubt es dem Revisionsgericht zugleich, der gerichtlichen Praxis – wo erforderlich – durch Leitentscheidungen auch bloße Orientierungshilfe für die Zukunft zu geben²³. Das lässt erwarten, dass der BGH auch weiterhin über ein breites Spektrum von Fällen wird entscheiden können. Die Teilhabe an der Dynamik gesellschaftlicher und ökonomischer Entwicklungen scheint ge-

währleistet, ein Rückzug des BGH in den juristischen Elfenbeinturm ist nicht zu befürchten²⁴.

4. Revisionszugang bei anderen Gerichtsbarkeiten

Zum Abschluss dieses allgemeinen Teils noch ein kurzer Blick auf das geltende Revisionsrecht anderer Gerichtsbarkeiten. Dabei zeigt sich, dass die Zugangsregelung des Zivilprozessrechts keinesfalls singulär ist. Schon seit dem 1. 1. 2001²⁵ gilt für die Finanzgerichtsbarkeit nach § 115 II FGO eine fast identische Regelung; der einzige Unterschied liegt darin, dass § 115 II Nr. 3 FGO – weiterhin – auch einen entscheidungserheblichen Verfahrensmangel als Zulassungsgrund vorsieht. Für die Finanzgerichtsbarkeit, die bis dahin neben dem Verfahrensmangel nur Grundsätzlichkeit und Divergenz als Zulassungsgründe kannte, bedeutete das eine allgemein erwünschte Erweiterung des Zugangs zur Revisionsinstanz²⁶. Dagegen ist es für die Sozial- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit bislang bei den drei Zulassungsgründen von Grundsätzlichkeit, Divergenz und Verfahrensmangel verblieben (§ 160 II SGG, § 132 II VwGO), während in der Arbeitsgerichtsbarkeit als Zulassungsgründe nur Grundsätzlichkeit und Divergenz Berücksichtigung finden (§ 72 II ArbGG). Die zivilprozessuale Zulassungstrias führt also im Vergleich zu den meisten anderen Gerichtsbarkeiten zu einem erleichterten Revisionszugang und ist gegenüber der Anrufung des BFH durch den Verzicht auf die Verfahrensrevision jedenfalls kaum spürbar verengt.

II. Der Zulassungskatalog im Einzelnen

Die Zulassungsgründe haben inzwischen, nachdem die ersten Entscheidungen des BGH – die „Sommerbeschlüsse“²⁷ des Jahres 2002 – mehr als ein Jahr zurückliegen, hinreichend deutliche Konturen erhalten. Dem rechtsstaatlichen Gebot der Rechtsmittelklarheit²⁸, also einer möglichst klaren und bestimmten Regelung des Zugangs zu den Rechtsmittelgerichten²⁹, ist demnach durchaus genügt. Bedenken, die zunächst insbesondere wegen des Zulassungsgrundes der Einheitlichkeit der Rechtsprechung geäußert wurden³⁰, sollten inzwischen ausgeräumt sein.

1. Grundsätzliche Bedeutung

Bei diesem Zulassungsgrund haben sich nach den bisher veröffentlichten Entscheidungen alle Zivilsenate des BGH für ein weites Verständnis entschlossen. Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die über den Einzelfall hinaus Bedeutung für die Allgemeinheit hat³¹. Entgegen der Auslegung, die etwa das BVerwG einer Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 132 II Nr. 1

16) BVerfGE 54, 277 (292) = NJW 1981, 39.

17) BVerfGE 54, 277 (293) = NJW 1981, 39; vgl. dazu Jacoby, ZZP 116 (2003), 229 (231).

18) BVerfGE 54, 277 (290) = NJW 1981, 39.

19) Wenzel, NJW 2002, 3353.

20) BGH, NJW-RR 2003, 352; BGH, NJW 2003, 1609.

21) Vgl. Begr. d. RegE, BT-Dr 14/4722 S. 104.

22) Dazu Wenzel, NJW 2002, 3353 (3354).

23) Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, Aktualisierungsbd. (2002), § 543 Rdnr. 3; Musielak/Ball, ZPO, 3. Aufl., § 543 Rdnr. 6.

24) So wohl auch Ullmann, WRP 2002, 593 (598).

25) In-Kraft-Treten des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Finanzgerichtsordnung und anderer Gesetze v. 19. 12. 2000, BGBl. I, 1757.

26) Vgl. Lange, NJW 2001, 1098 (1099).

27) So die Titulierung laut Nassall, NJW 2003, 1345 in Fußn. 1.

28) Vgl. BVerfGE, NJW 2003, 1924 (1928).

29) BVerfGE 54, 277 (292 f.) = NJW 1981, 39; BVerfGE 74, 228 (234) = NJW 1987, 2067; BVerfGE 87, 48 (65) = NJW 1993, 1123.

30) Rimmelspacher, in: Festschr. f. Schumann, 2001, S. 327 (347); ders., LMK 2003, 11 (12); Büttner, MDR 2001, 1201 (1203 f.); Piekenbrock/Schulze, JZ 2002, 911 (918).

31) BGH (V. Zivilsenat), NJW 2002, 2957; BGH, NJW 2003, 1943 (1944); BGH (XI. Zivilsenat) 152, 182 (191) = NJW 2003, 65; BGH (VII. Zivilsenat), NJW 2003, 831; BGH (X. Zivilsenat), NJW 2003, 1125 (1126).

VwGO zu Grunde legt³², ist es also im Zivilprozess nicht notwendig, dass eine Rechtsfrage aus Gründen der Rechtsfortbildung oder Rechtseinheit der Klärung bedarf³³. Vielmehr können auch andere Auswirkungen eines Rechtsstreits Grundsätzlichkeit begründen, wie insbesondere dessen tatsächliches oder wirtschaftliches Gewicht. Dafür genügen allerdings die Vermögensinteressen der Parteien jedoch nicht, vielmehr ist eine besondere Bedeutung für die Allgemeinheit notwendig³⁴. In rechtlicher Hinsicht kann sich ein allgemeines Interesse etwa bei Modell- oder Musterprozessen sowie bei Streitigkeiten um die Auslegung von typischen Vertragsbestimmungen, von Formularverträgen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben³⁵.

Die Voraussetzungen dieses – wie selbstredend auch der anderen – Zulassungsgründe müssen in der Beschwerdebegründung dargelegt werden (§ 544 II 3 ZPO). Dafür reicht die bloße Behauptung, die Streitsache habe grundsätzliche Bedeutung, natürlich nicht aus. In der Praxis wird eine Zulassung wegen Grundsätzlichkeit zwar regelmäßig reklamiert, es fehlen aber meist Darlegungen zu einer über den konkreten Fall hinausreichenden Bedeutung für die Allgemeinheit. Das erklärt sich sicher daraus, dass es an dieser Voraussetzung tatsächlich oft fehlt; dann kann allerdings auf Ausführungen des Beschwerdeführers zur „Grundsätzlichkeit“ auch vollständig verzichtet werden. Erstaunlicher ist das gleichfalls regelmäßige Scheitern an der Voraussetzung einer klärungsbedürftigen Rechtsfrage. Sie erfordert – im Übrigen auch nach der Rechtsprechung des BFH³⁶ – die Darlegung aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite die betreffende Rechtsfrage umstritten ist³⁷. Schon jetzt kann gesagt werden, dass der Zulassungsgrund der Grundsätzlichkeit keine große praktische Bedeutung erlangen wird. Überraschen muss diese Erkenntnis indessen nicht. Schon das alte Recht eröffnete die Revision wegen Grundsätzlichkeit; nahezu ausschließlich erfolgte die Annahme der Revision indessen mit Blick auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels.

Über den Zulassungsgrund grundsätzlicher Bedeutung lassen sich im Übrigen die Fälle lösen, in denen es wegen der Auslegung von Gemeinschaftsrecht einer Vorabentscheidung des EuGH bedarf (Art. 234 EGV)³⁸. Wird in der Nichtzulassungsbeschwerde eine entscheidungserhebliche, klärbare und klärungsbedürftige Rechtsfrage dargelegt, so ist die Revision zuzulassen. Das Revisionsgericht, das trotz der Zulassungsvoraussetzung für die letzte Instanz allein zur Vorlage verpflichtet ist³⁹, hat dann den EuGH um eine Vorabentscheidung zu ersuchen. Dagegen ergibt sich grundsätzliche Bedeutung nicht schon daraus, dass das Berufungsgericht Gemeinschaftsrecht auszulegen und von der Einholung einer Vorabentscheidung abgesehen hat. Auch das Revisionsgericht ist nämlich bei offenkundig richtiger Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht verpflichtet, nach Art. 234 EGV eine Vorabentscheidung herbeizuführen⁴⁰.

2. Fortbildung des Rechts

Der Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts (§ 543 II 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) hat – soweit ersichtlich – in der Praxis bislang keine große Bedeutung erlangt. Er wird vom BGH dahin definiert, dass der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Ein solcher Anlass für die Entwicklung höchstrichterlicher Leitsätze soll nur dann gegeben sein, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt⁴¹. Das zeigt eine gewisse Nähe zum Zulassungsgrund der Grundsätzlichkeit⁴². Ein nicht zu unterschätzender Unterschied liegt

aber darin, dass nach der geschilderten Umschreibung die betreffende Rechtsfrage nicht umstritten sein muss, mithin auch kein Meinungsstreit darzulegen ist. Der Zulassungsgrund ermöglicht also insbesondere bei neuen oder dynamischen Rechtsmaterien⁴³ eine Klärung durch höchstrichterliche Entscheidungen noch bevor es zu einem Meinungsstreit oder gar zu uneinheitlicher Rechtsprechung kommt. Strukturell gesehen befindet sich dieser Zulassungsgrund demnach im Vorfeld der Grundsätzlichkeit.

Man wird diesem Zulassungsgrund eine stark wachsende Bedeutung voraussagen können, sobald den BGH Fälle erreichen, die auf Grund des neuen Schuldrechts zu lösen sind. Außerdem ist die Zulassung aus Gründen der Rechtsfortbildung aber auch ein probates Mittel, der befürchteten Verarmung der Präjudizienkultur⁴⁴ entgegenzuwirken: Der Fortbildung des Rechts dient es auch, wenn zu bestimmten Rechtsfragen nur Jahrzehnte alte Entscheidungen vorliegen und nun veränderte, komplexer gewordene Lebensumstände eine Ausdifferenzierung oder aber eine ausdrückliche Bestätigung der früheren Rechtsprechung erfordern.

3. Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

Schon jetzt wesentlich praktischer – und juristisch interessanter – ist der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

a) *Divergenzfälle*. In diesem Zulassungsgrund sind zunächst die Fälle der Divergenz aufgegangen, die schon das alte Recht als Zulassungsgrund kannte (§ 546 I 2 Nr. 2 ZPO a.F.). Dabei gilt es zu beachten, dass die tradierte enge Auslegung des Divergenzbegriffs⁴⁵ auch in das neue Recht übernommen wurde. Danach liegt eine relevante Abweichung nur vor, wenn das Berufungsgericht einen (abstrakten) Rechtssatz formuliert, der sich mit einem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten und diese tragenden Rechtssatz nicht deckt⁴⁶. Mithin begründet allein eine fehlerhafte Entscheidung, selbst wenn sie die Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung missachtet, noch keine Divergenz im technischen Sinne⁴⁷. Eine gewisse – weitgehend unbemerkte – Lockerung gegenüber dem alten Recht stellt es allerdings dar, dass nun auch eine Abweichung von der Rechtsprechung eines gleichrangigen – und nicht nur eines höherrangigen – Gerichts eine Zulassung eröffnen kann⁴⁸. Wichtig ist das für Fälle der „Innendivergenz“, bei denen

32) BVerwG, Buchholz 235.16 § 5 LBesG Niedersachsen Nr. 1.

33) Wenzel, NJW 2002, 3353 (3354).

34) BGHZ 152, 182 (191) = NJW 2003, 65; BGH, NJW 2003, 1943 (1944 f.).

35) BGHZ 152, 182 (191) = NJW 2003, 65.

36) BFHE 196, 30 (35); BFH/NV 2001, 1033; BFH/NV 2002, 51 (52); BFH/NV 213 (214); BFH/NV 352 (353).

37) BGHZ 152, 182 (191) = NJW 2003, 65; BGH, NJW 2003, 1943 (1944).

38) A. A. Wenzel, NJW 2002, 3353 (3355), der diese Fälle der Fortbildung des Rechts zuordnen will.

39) Vgl. EuGH, EuZW 2002, 476.

40) BFH, Beschl. v. 7. 3. 2003 – VII B 282/02.

41) BGHZ 151, 221, 225 = NJW 2002, 3029; BGH, NJW-RR 2003, 132 (jewe. zu § 574 II Nr. 2 Alt. 1 ZPO); auch BFHE 196, 30 (35) = NVwZ-RR 2002, 318; BFH/NV 2002, 51 (52); 682 (683).

42) Vgl. Wenzel, NJW 2002, 3353 (3355).

43) Wie im Wettbewerbs-, Immaterialgüter- und Gesellschaftsrecht, vgl. Wenzel, NJW 2002, 3353 (3355); Ullmann, WRP 2002, 593 (597).

44) So Schlosser, JZ 2003, 266 (268).

45) Etwa BGHZ 89, 149 (151) = NJW 1984, 2707 zu § 24 II Nr. 1 LVwG.

46) BGHZ 152, 182 (186) = NJW 2003, 65; BGH, NJW 2002, 2957; BGH, NJW 2002, 3180; BGH, NJW 2003, 754 (755); BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

47) BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

48) BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

verschiedene Spruchkörper desselben Gerichts in ihrer Rechtsprechung abweichen⁴⁹.

b) *Wiederholungs- bzw. Nachahmungsgefahr*. Der Zulassungsgrund ist nicht auf die geschilderten Fälle der Divergenz beschränkt. Hieraus folgt aber nicht, dass jede fehlerhafte Entscheidung die Zulassung der Revision eröffnet; wäre dem so, hätte sich gegenüber dem früheren Rechtszustand nichts Wesentliches verändert. Zwar gefährdet jeder Rechtsanwendungsfehler die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, mit Blick auf den Gesetzeszweck muss aber für eine Revisionszulassung zusätzlich noch das allgemeine Interesse berührt sein. Deshalb ist dieser Zulassungsgrund außerhalb der Divergenzfälle nur dann verwirklicht, wenn der Entscheidung Bedeutung über den Einzelfall hinaus zukommt, weil hierbei Fragen auch mit Blick auf die Wiederholung ähnlicher Fälle zu beantworten sind oder sonstige Interessen der Allgemeinheit in besonderem Maße berührt werden⁵⁰.

aa) *Zulassungsvoraussetzungen*. Vor diesem Hintergrund wird ein allgemeines Interesse bejaht, wenn hinsichtlich eines Rechtsfehlers im Berufungsurteil eine Wiederholungsgefahr besteht oder mit ihm ein Nachahmungseffekt verbunden ist⁵¹. Konkrete Anhaltspunkte, die eine Wiederholung des Rechtsfehlers durch das Gericht besorgen lassen, sind namentlich bei einer ständigen Fehlerpraxis des betreffenden Gerichts gegeben, wenn dem Fehler also „symptomatische“ Bedeutung zukommt. Mit diesem Ansatz ist der Zulassungsgrund gewissermaßen empirisch determiniert und genau darin liegt seine Schwäche⁵². Einerseits sind die Lebenssachverhalte nur selten vergleichbar und andererseits sind die Rechtsanwendungsfehler meistens höchst individuell. Permanente Fehlleistungen, die durch eine Leitentscheidung des Revisionsgerichts abgestellt werden können, werden in der Praxis nur schwer festzustellen sein.

Ein zweiter Aspekt, plastisch als „Ansteckungsgefahr“ bezeichnet⁵³, ist dagegen von deutlich größerer Relevanz für die Praxis. Gemeint sind Rechtsfehler mit denen die ernsthafte Gefahr einer Nachahmung verbunden ist, wobei natürlich auch das betreffende Berufungsgericht seinen eigenen Fehler fortschreiben und wiederholen kann. Eine derartige Nachahmungsgefahr braucht nicht empirisch belegt zu werden, sondern lässt sich – deutlich einfacher – von einem strukturellen Ansatz aus ermitteln, nämlich dann, wenn die – fehlerhafte – Begründung des Berufungsurteils einer Verallgemeinerung zugänglich ist, weil sie von dem konkreten Sachverhalt ohne weiteres gelöst und auch für andere Fälle herangezogen werden kann. Weitere Voraussetzung ist selbstverständlich, dass für die Reproduktion einer solchen Begründungsstruktur auch ein Anlass bestehen wird, weil eine nicht unerhebliche Zahl künftiger Sachverhalte zu erwarten ist, auf welche die Argumentation übertragen werden kann⁵⁴. Es zeigt sich damit eine – durchaus systemgerechte – Nähe zur Zulassung aus Gründen der Divergenz⁵⁵. Bei letzterer ergibt sich die Gefahr einer Wiederholung oder Nachahmung aus der Formulierung eines Rechtssatzes, während es hier zwar zu einem Rechtssatz nicht gekommen ist, die Begründungsstruktur aber zu einer Reproduktion einlädt.

bb) *Darlegungserfordernis*. Insbesondere – aber nicht nur – wenn die Zulassungsrelevanz eines Rechtsfehlers aus einer Wiederholungs- bzw. Nachahmungsgefahr hergeleitet wird, stellt sich die Frage, welche Anforderungen für die dem Beschwerdeführer obliegende Darlegung des Zulassungsgrundes zu stellen sind. Der XI. Zivilsenat des BGH hat in seinem Beschluss vom 1. 10. 2002⁵⁶ verlangt, dass die Beschwerde nicht nur einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts benennen, sondern darüber hinaus

auch konkrete Angaben zur symptomatischen Bedeutung des Fehlers machen müsse. Es sei darzulegen und zu belegen, dass es sich bereits um eine ständige Praxis des Berufungsgerichts handle, oder darzulegen, dass und warum eine Wiederholung oder Nachahmung konkret zu besorgen sei. Diese Ansicht hat deutlichen Widerspruch gefunden⁵⁷; es wird darauf hingewiesen, der Prozessbevollmächtigte des Beschwerdeführers könne die verlangten rechtstatsächlichen Untersuchungen nicht leisten und brauche diese auch nicht zu leisten⁵⁸. Diese Kritik ist nicht gerechtfertigt. Abgesehen davon, dass nach dem eben Gesagten rechtstatsächliche Untersuchungen gerade nicht zwingend oder auch nur regelmäßig notwendig sind, kann das Revisionsgericht bei Prüfung der Nichtzulassungsbeschwerde offenkundige, also allgemeinkundige und auch gerichtskundige Tatsachen (vgl. § 291 ZPO) berücksichtigen. Nach richtiger und wohl auch herrschender Ansicht bedarf es hierzu keines entsprechenden Parteivortrags⁵⁹. Demnach sind vom Revisionsgericht bei Prüfung einer Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr Umstände zu beachten, die ihm auf Grund seiner Rechtsprechungstätigkeit bekannt sind, so etwa über die typischen Gewährleistungsausschlüsse in Grundstückskaufverträgen⁶⁰.

Um kein Missverständnis zu provozieren: § 544 II 2 ZPO weist die Darlegungslast für die Zulassungsgründe dem Beschwerdeführer zu und eine Amtsermittlung findet auch bei Voraussetzungen, die von Amts wegen zu prüfen sind, nicht statt⁶¹. Das Revisionsgericht hat nicht die Akten nach Zulassungsgründen zu durchforsten, sondern prüft grundsätzlich nur die Umstände, die ihm hinreichend dargelegt sind⁶². Dabei ist „darlegen“ mehr als „behaupten“; es ist im Sinne von „erläutern“ oder „erklären“ zu verstehen⁶³. Fehlt eine Begründung ganz oder kann den Ausführungen des Beschwerdeführers diese Qualität nicht beigelegt werden, weil sie sich etwa nur mit Angriffen gegen das Berufungsurteil und nicht mit den Zulassungsgründen befassen, so ist die Nichtzulassungsbeschwerde bereits unzulässig⁶⁴. Es kann also nur darum gehen, hinreichendes, aber nicht unbedingt erfolgreiches Parteivorbringen durch Gerichtskundigkeit zu ergänzen, nicht aber zu ersetzen. In diesem Zusammenhang ist noch zu bemerken, dass das Revisionsgericht nicht darauf beschränkt ist, die Beschwerdebegründung nach Maßgabe des dort bezeichneten Zulassungsgrundes zu prüfen; es kann also nicht schaden, dass der Beschwerdeführer seine Darlegungen unter einem anderen Zulassungsgrund als das Gericht subsumiert⁶⁵.

c) *Verfassungsverstöße*. Das Allgemeininteresse – unter dem Gesichtspunkt des Vertrauens der Allgemeinheit in eine funktionierende Rechtspflege – ist ferner tangiert,

49) Vgl. BGH, NJOZ 2003, 842 = ZfR 2003, 263 L; zur Vergleichsentscheidung DNotZ 2003, 431; allgemein zur Innendivergenz: Wenzel, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 23), § 543 Rdnr. 15.

50) BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

51) BGHZ 152, 182 (187) = NJW 2003, 65; BGH, NJW 2002, 2957; BGH, NJW 2003, 754 (755); BGH, NJW 2003, 1943 (1945); zu § 80 I Nr. 2 OWiG bereits BGHSt 24, 15 (22) = NJW 1971, 389.

52) Krit. daher auch Gehrlein, MDR 2003, 547 (549).

53) So Wenzel, NJW 2002, 3353 (3356).

54) BGH, NJW 2003, 754 (755) m. Anm. v. Schultz, BGH-Report 2003, 255 (256); auch BGH, NJW 2002, 3783 (3784).

55) So auch Jacoby, ZJP 116 (2003), 229 (213 f.).

56) BGHZ 152, 182 (187) = NJW 2003, 65.

57) Schultz, BGH-Report 2002, 1110 (1111); v. Gierke/Seiler, JZ 2003, 403 (405); Scheuch/Lindner, NJW 2003, 728 (729); a. A. aber Jacoby, ZJP 116 (2003), 229 (234); Schütt, MDR 2003, 107.

58) So Vollkommer, WuB VII A. § 544 ZPO 1.03.

59) Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 291 Rdnr. 13 m. w. Nachw.; Musielak/Huber (o. Fußn. 23), § 291 Rdnr. 4.

60) So im Fall BGH, NJW 2003, 754 (755).

61) BGH, NJW-RR 2000, 1156.

62) BGHZ 152, 7 (8) = NJW 2002, 3334.

63) BGHZ 152, 182 (185) = NJW 2003, 65.

64) Musielak/Ball (o. Fußn. 23), § 544 Rdnr. 19; vgl. auch Wenzel, MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 23), § 544 Rdnr. 10; Jacoby, ZJP 116 (2003), 229 (234).

65) BGH, NJW 2003, 754 (755); vgl. auch BGHZ 152, 7 (9) = NJW 2002, 3334.

wenn das Berufungsgericht bei der Rechtsanwendung gegen grundlegende Gerechtigkeitsanforderungen verstoßen hat und deshalb seine Entscheidung von Verfassungs wegen einer Korrektur bedarf⁶⁶. Gleiches muss für Fälle gelten, in denen eine Entscheidung etwa wegen Verletzung der Öffentlichkeit oder der Grundsätze des fairen Verfahrens Art. 6 EMRK missachtet. Praktisch wird dieser Ansatz nicht nur in Fällen der Verletzung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG)⁶⁷, sondern auch bei Entscheidungen, die auf einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes in seiner Ausprägung als Willkürverbot (Art. 3 I GG) beruhen. Dass eine Revision zur Vermeidung einer präsumtiv erfolgreichen Verfassungsbeschwerde zuzulassen ist, dürfte einhellige Auffassung beim BGH sein und deckt sich im Übrigen auch mit der Rechtsprechung des BFH⁶⁸. Zwischen den Zivilsenaten ist lediglich im Streit, bei welchem Zulassungsgrund die Verfassungsverstöße anzusehen sind⁶⁹.

Viel wichtiger als dieser Dissens ist, dass die geschilderte Rechtsprechung auch den Anforderungen des BVerfG aus seinem jüngsten Plenarbeschluss entspricht. Soweit in den ersten Entscheidungen des BGH davon die Rede war, der Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte müsse „offenkundig“ sein⁷⁰, ist das allerdings zu Recht kritisiert worden⁷¹. Diese Formulierung war zumindest missverständlich. Der V. Zivilsenat hat inzwischen klargestellt⁷², dass mit der geforderten „Offensichtlichkeit“ kein zusätzliches Erfordernis geschaffen werden sollte; es sollte lediglich darauf hingewiesen werden, dass das BVerfG selbst bestimmten Rechtsfehlern nur bei Offensichtlichkeit die Qualität von Verfassungsverstößen beilegt⁷³. Der Prüfungsmaßstab ist also auch in materieller Hinsicht nicht strenger, sondern exakt identisch mit dem des BVerfG.

Ein zulassungsrelevanter Verfassungsverstoß ist namentlich die Missachtung des Willkürverbots. Er kann für die Praxis durchaus Bedeutung gewinnen, weil nach der Rechtsprechung des BVerfG eine offensichtlich fehlerhafte Rechtsanwendung zwar noch nicht genügt, wohl aber bereits dann die Grenze zur Willkür überschritten ist, wenn die Rechtslage in krasser Weise verkannt wurde, Rechtsanwendung also unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht⁷⁴. Dieser Maßstab ist weitergehend als der greifbarer Gesetzeswidrigkeit⁷⁵.

III. Offensichtliche Rechtsfehler im Zulassungssystem

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass allein ein Fehler des Berufungsgerichts bei der Anwendung des materiellen oder des Verfahrensrechts („einfache Rechtsanwendungsfehler“) unter keinem Gesichtspunkt zur Zulassung der Revision führen kann⁷⁶. Es müssen Umstände hinzukommen, die ein allgemeines Interesse an einer korrigierenden Entscheidung des Revisionsgerichts begründen, das über den Einzelfall hinausgeht. Nur dann kann ein Zulassungsgrund – insbesondere zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung – gegeben sein⁷⁷.

Die missverständliche Fassung der Begründung des Gesetzentwurfes⁷⁸ konnte allerdings zu der Vorstellung verleiten, die Offensichtlichkeit eines Rechtsfehlers im Berufungsurteil könne für die Zulassung der Revision von Relevanz sein. Die Rechtsprechung ist dem nicht gefolgt; unterhalb der Schwelle zur Willkür erlangt die Evidenz eines Rechtsfehlers also keine Bedeutung⁷⁹. Das leuchtet mit Blick auf den Zweck der Zugangsbeschränkung ein. Insoweit ist Evidenz, die hier nur aus dem Blickwinkel des Publikums angesprochen sein kann, zumindest ambivalent und deshalb unbrauchbar. Ein leicht erkennbarer

Fehler kann zwar die Betroffenen einerseits an der Qualität juristischer Arbeit zweifeln lassen, andererseits aber auch als gelegentliche, nicht zu vermeidende Fehlleistung hingenommen werden. Es handelt sich letztlich nicht um einen Maßstab, der rational zu handhaben ist⁸⁰. So hat auch das BVerfG bereits in der Plenarentscheidung aus dem Jahr 1980 die Schwere eines Rechtsfehlers als Kriterium für die Annahme der Revision abgelehnt⁸¹.

Die Erkenntnis, dass selbst solche Fälle nicht in die Revision gelangen sollen, in denen jedenfalls das Fachpublikum von einem deutlichen Fehlurteil ausgehen muss, fällt nicht leicht. Sie wird aber dadurch erträglich, dass zumindest für Fälle krassen Unrechts, aber auch für Fälle, die diesem Verdikt nahekomen, die nicht zu unterschätzende Möglichkeit besteht, eine Zulassung der Revision unter dem Gesichtspunkt der Willkür zu erreichen⁸². Krasses Unrecht hat der BGH etwa dann bejaht, wenn eine Gesetzesauslegung dem Normzweck offensichtlich zuwiderläuft⁸³; man wird dies dahin verallgemeinern dürfen, dass auch völlig unvertretbare Ergebnisse bei der Gesetzesauslegung die Revision eröffnen⁸⁴. Nicht hinzunehmen sind ferner Entscheidungen, die mit der geltenden Rechtsordnung schlechthin unvereinbar sind, weil sie jeder gesetzlichen Grundlage entbehren und inhaltlich dem Gesetz fremd sind⁸⁵. Auch hier wird sich eine Verallgemeinerung vertreten lassen, die die Revision bei unerträglichen Rechtsverstößen einschließlich des offenkundigen Übersehens einschlägiger Vorschriften eröffnet⁸⁶.

IV. Fazit

Im Vergleich zu dem früheren System schafft das neue Recht – auch mit Blick auf andere Verfahrensordnungen – einen gerechteren Zugang zur Revision. Dabei bleibt die Einzelfallgerechtigkeit nicht auf der Strecke. Allzu leicht wird vergessen, dass der Gesetzgeber über das verfassungsrechtliche Minimum deutlich hinausgeht und im Regelfall eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils in der Berufung garantiert. Darüber hinaus haben auch in Zukunft unerträglich fehlerhafte Entscheidungen in der Revision keinen Bestand; wer krasses Unrecht erfährt

66) BGH, NJW 2002, 2957; NJW 2003, 1943 (1946).

67) So etwa BGH, NJW 2003, 3205.

68) BFH/NV 2002, 798 (799); 1474 (1475).

69) Der XI. Zivilsenat (BGHZ 152, 182, 189 f. = NJW 2003, 65) befürwortet Grundsätzlichkeit, während der V. Zivilsenat (NJW 2003, 1943, 1946 m. w. Nachw.) und der VII. Zivilsenat (NJW 2003, 831) die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zulassen.

70) BGHZ 151, 221 (227) = NJW 2002, 3029; BGH, NJW 2002, 3180 (3181); ähnlich BGHZ 152, 182 (193 f.) = NJW 2003, 65.

71) Rimmelspacher, LMK 2003, 11 (12); Schlosser, JZ 2003, 266 (268); Scheuch/Lindner, NJW 2003, 728 (730).

72) Dies übersieht Rimmelspacher, JZ 2003, 797 (798).

73) BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

74) BVerfGE 42, 64 (74) = NJW 1976, 1391; BVerfGE 67, 90 (94) = NJW 1984, 2147; BVerfGE 80, 48 (51) = NJW 1989, 1917; BVerfGE 87, 273 (278 f.) = NJW 1993, 996; BVerfGE 89, 1 (14) = NJW 1993, 2035.

75) BGH, NJW 2003, 1943 (1947).

76) BGHZ 152, 182 (188) = NJW 2003, 65; BGH, NJW 2003, 754 (755); BGH, NJW 2003, 831; BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

77) So auch die Rechtsprechung des BFH, vgl. Lange, DStZ 2002, 782 (784) m. w. Nachw. in Fußn. 15; krit. List, DB 2003, 572 (575).

78) BT-Dr. 14/4722, S. 67, 104.

79) BGHZ 152, 182 (188) = NJW 2003, 65; BGH, NJW 2002, 2957; BGH, NJW 2003, 754 (755); BGH, NJW 2003, 831.

80) So BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

81) BVerfGE 54, 277 (295) = NJW 1981, 39.

82) Dies lässt Grunsky, LMK 2003, 72 (73) außer acht.

83) BGHZ 119, 372 (374 f.) = NJW 1993, 135.

84) Vgl. Lange, DStZ 2002, 782 (785) für § 115 FGO.

85) BGHZ 109, 41 (43) = NJW 1990, 840; BGH, NJW 1997, 3318; NJW 1998, 1715.

86) Vgl. Lange, DStZ 2002, 782 (785) für § 115 FGO.

hat, wird in der Revisionsinstanz nicht abgewiesen. Im Übrigen sind Einzelfallgerechtigkeit und das allgemeine Interesse an der Vereinheitlichung und Fortentwicklung der Rechtsprechung keine Gegenpole. Eine vorhersehbare Rechtsanwendung, die auf der Höhe der Zeit ist, ist kein Selbstzweck, sondern unverzichtbare Voraussetzung für eine „richtige“ Entscheidung des Einzelfalls.

Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Revisionsrecht mag vielen unkoordiniert und schwer überschaubar erscheinen. Das ist aber nur die eine Seite der Medaille; auf der anderen Seite stehen die Schwierigkeiten einer neuen Rechtsmaterie und die Notwendigkeit innerhalb kurzer Zeit für alle Beteiligten die notwendige Rechtsklarheit zu schaffen. Das neue Recht hat einiges an Potenzial, das in der Vergangenheit brach lag. Nachdem die Koordinaten nun weitgehend geklärt sind, können die Parteien und ihre Vertreter daran gehen, die Möglichkeiten der Revisionszulassung effektiver als bisher zu nutzen.

Professor Dr. Johannes Hager, München

Die Zulassung der Revision im Licht des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs

I. Einleitung

Nur ein gutes Jahr vor der Plenarentscheidung des BVerfG vom 30. 4. 2003 zum allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch¹ hat der BGH in einer grundlegenden Entscheidung seine bisherige Praxis geändert, die bei greifbar gesetzwidrigen Entscheidungen eine außerordentliche Beschwerde vorgesehen hatte². Mit der Reform der ZPO habe der Gesetzgeber – wie ein Gegenschluss zu den §§ 321 a, 543 II 1 Nr. 1 ZPO n. F. zeige – bewusst davon abgesehen, eine dem Revisionsrecht vergleichbare Regelung der Rechtsbeschwerde zur Korrektur der Verletzung von Verfahrensgrundrechten zu schaffen. Der Verstoß sei auf Gegenvorstellung hin von dem Gericht zu korrigieren, das diesen Verstoß begangen habe. Räume das Gericht den Verstoß nicht aus, so komme allein die Anrufung des BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde in Betracht³.

In seiner Plenarentscheidung vom 30. 4. 2003 hat das BVerfG zwar an der tradierten Meinung festgehalten, Art. 19 IV GG gewähre keinen Rechtsschutz gegen gerichtliche Entscheidungen⁴; jedoch sichere der Justizgewährleistungsanspruch den Rechtsschutz gegen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in jeder Instanz, also auch dann, wenn das Verfahrensgrundrecht erstmalig in einem Rechtsmittelverfahren verletzt werde⁵. Da das Grundgesetz die rechtsprechende Gewalt in erster Linie den Fachgerichten anvertraut habe, müsse bei entscheidungserheblichen Verstößen gegen Art. 103 I GG die Abhilfemöglichkeit daher grundsätzlich bei den Fachgerichten eingerichtet werden, auch wenn zusätzlich eine Rechtsverfolgung mit Hilfe der Verfassungsbeschwerde möglich sei⁶.

Im Folgenden soll zunächst den Konsequenzen dieser Entscheidung für die Zulässigkeit der Revision nachgegangen werden (dazu II und III). Es geht ferner um den Gedanken der Systemgerechtigkeit, den eine andere Plenarentscheidung des BVerfG in den Mittelpunkt gerückt hat⁷ (dazu IV). Und schließlich gilt es, die Rechtsprechung zur Zulassung der Revision wegen Divergenz auf ihre Schlüssigkeit hin zu untersuchen (dazu V).

Das gewichtigste Argument gegen das neue Recht ist sicherlich die Befürchtung des Präjudiziennotstandes. Eine moderne, sich stürmisch entwickelnde Gesellschaft braucht ein entsprechend ausdifferenziertes Rechtssystem. Ob der hierfür nötige Stoff dem BGH ausgehen wird, ist naturgemäß schwer zu prognostizieren. Einstweilen dürfte das trotz der geringen Zahl erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerden nicht zu befürchten sein. Wer den Zugang zur Revision richtig einschätzen will, muss das gesamte System in den Blick nehmen und darf nicht übersehen, dass auch das Berufungsgericht die Revision zulassen kann (§ 543 I 1 ZPO) und der BGH an diese Zulassung gebunden ist (§ 543 II 2 ZPO). Von dieser Möglichkeit machen die Berufungsgerichte – also jetzt auch die Landgerichte in dieser Funktion – erheblichen Gebrauch: Die Zahl der zugelassenen Revisionen hat sich im Jahr 2002 gegenüber den Vorjahr von 177 auf 783 erhöht.

II. Der Verstoß gegen grundrechtlich garantierte Verfahrensvorschriften

1. Rechtsbehelf zum iudex a quo

Auf den ersten Blick unterscheiden sich das Urteil des BGH und der Plenarbeschluss des BVerfG in den entscheidenden Punkten allenfalls unwesentlich. Auch das Plenum hält es für genügend, wenn ein Rechtsbehelf an dasjenige Gericht geschaffen werde, dessen Verfahrenshandlung als fehlerhaft gerügt werde, sofern auf diese Weise der Mangel effektiv beseitigt werden könne⁸. Dieser Grundgedanke einer Befassung des iudex a quo liege schon den Entscheidungen des BVerfG zur Möglichkeit einer Selbstkontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Wege der Gegenvorstellung zu Grunde⁹. Dagegen bedürfe es nicht zwingend der Einräumung einer Rechtsschutzmöglichkeit bei einem anderen oder gar höheren Gericht¹⁰. Der Gesetzgeber könne von der Eröffnung eines Rechtsmittelzugs absehen, wenn er eine anderweitige Kontrolle vorsehe. Werde der Rechtsbehelf zum iudex a quo eröffnet, so erfolge die Überprüfung durch die mit der Sache schon vertraute Instanz; das rechtliche Gehör – um das es in dieser Entscheidung ging – könne gewährt und das Verfahren dann auf dieser Grundlage fortgesetzt werden¹¹. Auch das bei ei-

1) BVerfG, NJW 2003, 1924.

2) BGHZ 119, 372 (374) = NJW 1993, 135 (136); BGHZ 121, 397 (398 f.) = NJW 1993, 1865.

3) BGHZ 150, 133 (136 f.) = NJW 2002, 1577; BGH, NJW 2003, 3137 (3138); BVerwG, NJW 2002, 2657; vgl. auch BGH, NJW 2003, 1326 (1327 f.), der eine Nichtigkeitsklage trotz Verstoßes gegen Art. 103 I GG ablehnt.

4) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1925).

5) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1926); w. Nachw. bei Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. (2003), Vorb. § 1 Rdnr. 288 Fußn. 525.

6) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1927).

7) BVerfGE 54, 277 = NJW 1981, 39.

8) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1927).

9) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1927) u. Hinw. auf BVerfGE 9, 89 (107) = NJW 1959, 427 (428); BVerfGE 63, 77 (79) = NJW 1983, 1900; BVerfGE 73, 322 (327) = NJW 1987, 1319.

10) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1927).

11) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1927).

nem Untätigbleiben des Gesetzgebers angeordnete Verfahren sieht einen Antrag an den iudex a quo vor¹².

Die unterschiedlichen Auffassungen innerhalb des BGH, ob die Verletzung von Verfahrensgrundrechten ein Zulassungsgrund nach § 543 II 1 Nr. 2 ZPO sei¹³ oder nicht¹⁴, wären damit auch auf der Ebene des einfachen Rechts zu entscheiden, hätten aber keine verfassungsrechtlichen Implikationen.

2. Verfassungsverstoß wegen mangelnder Rechtsmittelklarheit

Doch sind damit die Probleme nicht ausgelotet. Denn dass der Gesetzgeber nicht einen Instanzenzug vorsehen muss, heißt nicht, dass es ihm verwehrt ist, einen derartigen Instanzenzug zu etablieren. Namentlich für die Zwischenzeit bis zur Entscheidung des Gesetzgebers sind zwei Aspekte jedenfalls auf der einfach-rechtlichen Ebene zu berücksichtigen.

a) Der erste Gesichtspunkt betrifft die Abgrenzung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Sie ist im Prinzip eindeutig, nämlich vom Prinzip der Subsidiarität bestimmt¹⁵; das BVerfG ist nur mehr für eine Übergangszeit bereit, der für den Bürger unklaren Rechtslage dadurch Rechnung zu tragen, dass es die Verfassungsbeschwerde annimmt¹⁶. Das heißt aber, dass bereits jetzt die Beseitigung des Fehlers durch die Fachgerichte möglich ist und – wenn der Betroffene einen entsprechenden Antrag stellt – auch erfolgen muss.

b) Damit ist allerdings die Entscheidung zwischen der fristgebundenen Gegenvorstellung beim Berufungsgericht und der Revision beim BGH noch nicht getroffen. Wenn der Gesetzgeber aber diesen Komplex noch nicht geregelt hat und sich damit sogar das Verdikt des Verstoßes gegen die Verfassung wegen mangelnder Rechtsmittelklarheit zugezogen hat¹⁷, so muss dem auch durch die Interpretation der Zulassungsvoraussetzungen Rechnung getragen werden. Nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung darf nämlich ein Fehler oder eine Unklarheit des Gerichts bei dessen Entscheidung nicht zu Lasten der Parteien gehen¹⁸. Dasselbe muss natürlich gelten, wenn die Unklarheit schon auf den Gesetzgeber zurückgeht. Dagegen lässt sich nicht einwenden, gegen eine korrekte Entscheidung gebe es kein Rechtsmittel; daher könne auch eine ihrer Art nach inkorrekte Entscheidung den Rechtsweg nicht eröffnen¹⁹. Denn durch die Plenarentscheidung des BVerfG ist nunmehr klargestellt, dass wegen des Fehlers bei der Entscheidung ein Rechtsweg gegeben sein muss. Das Gesetz selbst hat aber den Weg nicht hinreichend deutlich vorgegeben. Daher kann sich der Betroffene mit der Gegenvorstellung an den iudex a quo, aber auch mit der Nichtzulassungsbeschwerde an den iudex ad quem wenden.

3. Revisionseröffnung bei Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte

Für diese Lösung sprechen, jedenfalls solange keine abweichende Entscheidung des Gesetzgebers vorliegt, auch noch eine Reihe weiterer Gründe.

a) Auch der Gesetzgeber selbst ist jedenfalls in der Begründung der ZPO-Novelle davon ausgegangen, dass Fälle des Verstoßes gegen Verfahrensgrundrechte die Revision eröffnen²⁰. Dass diese Auffassung keinen hinreichenden Niederschlag im Wortlaut gefunden habe, wie der XI. Senat glaubt²¹, überzeugt nicht. Der Wortlaut ist flexibel genug. Vor allem aber erfordern verfassungsrechtliche Grundsätze eine Kontrolle, so dass der Rechtsschutz ohnehin nicht versagt werden darf.

b) Zur Verletzung des rechtlichen Gehörs werden mehrere heterogene Fallgruppen gerechnet. In den klassischen Pannenfällen werden Schriftsätze oder sonstiges

Vorbringen unbeabsichtigtweise nicht zur Kenntnis genommen, weil sie etwa von der Geschäftsstelle nicht rechtzeitig vorgelegt werden oder gar abhandeln kommen²². Hier kann man davon ausgehen, dass der Richter, wenn er das Vorbringen nunmehr zur Kenntnis nehmen kann, auch eine schon getroffene Entscheidung aufhebt oder modifiziert. Das ist in anderen Fällen durchaus nicht so ohne weiteres zu erwarten, etwa wenn Vorbringen unberechtigtweise²³ wegen Verspätung präkludiert wurde²⁴ oder ein Nichtbestreiten fälschlicherweise als Geständnis nach § 288 ZPO gewertet wurde²⁵. In solchen Fällen bedarf es der Korrektur durch die übergeordnete Instanz²⁶. Gerade der letzte Gesichtspunkt sollte auch in der jetzt zu führenden rechtspolitischen Debatte eine Rolle spielen.

c) Das, was zum Verstoß gegen das rechtliche Gehör entwickelt wurde, hat entsprechend auch bei Verletzungen sonstiger Verfahrensgrundrechte zu gelten²⁷. Beispiel dafür ist die Rüge, die Richterbank sei unter Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG willkürlich falsch besetzt gewesen. Auf diese Weise gewinnt der Katalog der absoluten Revisionsgründe nach § 547 ZPO i. E. die Bedeutung von Indizien; in diesen Fällen ist die Revision i. d. R. statthaft.

d) Damit verbunden ist eine prozessuale Besonderheit. Auch die Prüfung der Statthaftigkeit zerfällt in eine Zulässigkeitsstation, in der die Verletzung nur behauptet zu werden braucht, und in eine Begründetheitsstation, in der der Verstoß etwa gegen Art. 103 I GG nachzuweisen ist.

III. Die Gewährleistung materieller Grundrechte

1. Verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gerichtsurteilen

Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Gerichtsurteilen beschränkt sich natürlich nicht auf die Überprüfung des Verstoßes gegen Verfahrensrechte, sondern schließt auch die Kontrolle materieller Grundrechtsverstöße mit ein. Ob der Grundsatz der substanziellen Subsidiarität insoweit entsprechend anzuwenden ist und daher in erster Linie die Fachgerichte zur Beseitigung einer Grundrechtsverletzung berufen sind, ist eine schwierige und wenig geklärte Frage. Zwar trifft der Satz der Plenarentscheidung des BVerfG vom 30. 4. 2003, nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung obliege zunächst den Fachgerichten die Aufgabe, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen²⁸, auch bei materiellen Grundrechten zu. Doch anders als bei der Rüge des rechtlichen

12) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1929).

13) BGH, NJW 2002, 3180 (3181); für § 574 II Nr. 2 Fall 2 ZPO auch BGHZ 151, 221 (226) = NJW 2002, 3029 (3030); NJW 2003, 1943 (1946).

14) BGHZ 152, 182 (189 f.) = NJW 2003, 65 (67).

15) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1929).

16) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1929).

17) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1928).

18) BGHZ 40, 265 (267) = NJW 1964, 660; BGHZ 90, 1 (3) = NJW 1984, 1188; BGHZ 98, 362 (364 f.) = NJW 1987, 442 (443) m. w. Nachw.; BGHZ 124, 192 (194) = VIZ 1994, 190; BGHZ 140, 208 (217 f.) = NJW 1999, 1113 (1115 f.); BGH, NJW 1999, 583 (584); BGH, NJW-RR 1995, 379 (380); NJW-RR 1995, 380 (381); Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl. (2003), Vorb. § 511 Rdnr. 6; Musielak/Ball, ZPO, 3. Aufl. (2002), Vorb. § 511 Rdnr. 31.

19) BGHZ 40, 265 (267 f.) = NJW 1964, 660; BGHZ 46, 112 (113 f.) = NJW 1967, 109 (110); BGHZ 124, 192 (194) = VIZ 1994, 190; BGH, NJW 1994, 589 (590); NJW 1997, 1448; NJW-RR 1990, 1483; NJW-RR 1993, 956 (957).

20) BT-Dr 14/4722, S. 104.

21) BGHZ 152, 182 (189) = NJW 2003, 65 (67).

22) Vgl. BVerfG, NJW 1998, 2044 (2045).

23) Vgl. BVerfGE 60, 1 (5 f.) = NJW 1982, 1453 (1454).

24) Voßkuhle, NJW 2003, 2197; Kahlke, NJW 1985, 2233.

25) Vgl. den Fall BVerfG, NJW 2001, 1565.

26) Voßkuhle, NJW 2003, 2197; Deubner, NJW 1980, 267.

27) Rimmelspacher, JZ 2003, 799.

28) BVerfG, NJW 2003, 1924 (1928).

Gehörs jedenfalls in den Pannenfällen ist hier der Gedanke einer Gegenvorstellung zumindest dann wenig überzeugend, wenn über die Grundrechte und ihre Wirkung im Prozess bereits ausführlich verhandelt und gestritten worden war. Die dann – will man in der Fachgerichtsbarkeit bleiben – unausweichliche Anrufung der nächsten Instanz, also auch der Revisionsinstanz, würde einen möglicherweise sogar dreigliedrigen Instanzenzug eröffnen, was von Art. 19 IV GG nach überwiegender Ansicht gerade nicht gefordert wird²⁹. Doch mag die Frage der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit an dieser Stelle offen bleiben. Denn auch und gerade nach dem Verständnis des BGH kommt der Revision auch die Funktion zu, präsumtiv erfolgreiche Verfassungsbeschwerden vermeidbar zu machen³⁰ und sich dazu an der Rechtsprechungspraxis des BVerfG zu orientieren³¹.

2. Fallgruppen der Rechtsprechung

a) Eine der eingängigsten Fallgruppen ist die Rechtsprechung zu Art. 5 GG. Das BVerfG kann und hat zu überprüfen, ob eine Äußerung richtig als Tatsachenbehauptung oder aber als Kundgabe einer Meinung interpretiert worden ist³². Nach altem Recht bestand Einigkeit darüber, dass dieselbe Aufgabe auch dem Revisionsgericht obliegt³³. Angesichts der Bedeutung des Grundrechts muss dies auch nach der Novelle nicht nur gelten, wenn die Revision aus anderen Gründen statthaft ist, sondern stets dazu führen, dass die Revision wegen des Verstoßes statthaft ist. Genauso muss es sein in Fällen, in denen das BVerfG umfassend kontrolliert, etwa wenn dem Betroffenen Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er so nicht getan hat³⁴, oder der Äußerung ein Sinn gegeben wird, den sie objektiv nicht hat³⁵; dann ist auf Grund dieses Fehlers die Revision statthaft.

b) Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist auch bei der Überprüfung von Urteilen, die den Eigenbedarf des Vermieters zum Gegenstand haben, der Prüfungsmaßstab intensiviert; die Entscheidung des Eigentümers ist grundsätzlich zu achten³⁶. Auch hier läuft die Revision dann parallel³⁷.

c) Zwar ist verfassungsrechtlich auch die Forderung als solche durch Art. 14 GG geschützt³⁸. Das könnte zu dem Schluss verleiten, der Richter verletze damit jedenfalls dann Art. 14 I GG, wenn er fälschlicherweise eine Forderung nicht zuspreche. Das führte zu der Aporie, dass jeder rechtliche Fehler zugleich einen Verfassungsverstoß bedeuten würde³⁹; somit würde die Anwendung einfachen Rechts auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben werden⁴⁰. Diese spätestens seit der *Elfes*-Entscheidung⁴¹ heftig debattierte Problematik⁴² hat bekanntlich zu Beschränkungen geführt, die man mit dem Schlagwort „spezifisches Verfassungsrecht“⁴³, etwa in der Fassung der „Heck'schen Formel“⁴⁴ kennzeichnet. Das BVerfG muss nicht kontrollieren, wie die Fachgerichte den Schutz des Einzelnen auf der Grundlage des einfachen Rechts gewähren⁴⁵. Das mag eine wenig geglückte und schwierig zu handhabende Abgrenzung sein⁴⁶, ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht ein Problem nur der Statthaftigkeit der Revision, sondern auch der Verfassungsbeschwerde. Mit dieser Einschränkung ist denn auch dem Anliegen Rechnung getragen, auch bei erstmaligen Verstößen gegen Art. 2 I GG und Art. 3 I GG in der Berufungsinstanz den Instanzenzug zu eröffnen⁴⁷.

d) Vor diesem Hintergrund ist die Frage nach der Offensichtlichkeit des Verfassungsverstößes, die der XI. Senat fordert⁴⁸, wenig hilfreich⁴⁹. Die Schwere kann dagegen durchaus eine Rolle spielen; geht es doch unter diesem Aspekt dann darum, ob die Schwelle des Verstoßes gegen spezifisches Verfassungsrecht überschritten ist.

IV. Das Gebot der Systemgerechtigkeit

1. Rechtsmittelklarheit

Das wäre anders, wenn die Neuregelung dem Gedanken der Rechtsmittelklarheit nicht in ausreichendem Maße Rechnung tragen würde; hier hat – wie das BVerfG betont – die Unterscheidung zwischen schweren und leichten, zwischen vertretbaren und unvertretbaren Fällen keinen Platz⁵⁰. Das BVerfG konnte es in seiner Entscheidung im Jahre 1980 offenlassen, welche verfassungsrechtlichen

Erfordernisse sich für ein vom Gesetzgeber eingeführtes echtes Annahmeverfahren im Hinblick auf Zugangsbegehren stellten, die in der Sache selbst Aussicht auf Erfolg besäßen⁵¹. Allerdings betont das Gericht in seiner Entscheidung zu § 554 b ZPO a.F., das Gesetz fordere nicht Gründe für die Annahme, sondern für die Ablehnung des Rechtsmittels⁵², und sieht dann die Steuerung der Arbeitsbelastung des Gerichts als verfassungswidrig an⁵³. Doch überzeugt diese Differenzierung nicht. Denn es ist eine Frage der Regelungstechnik und ohne sachliche Unterschiede, ob eine zunächst dem Gesetz nach zulässige Revision gleichwohl abgelehnt werden kann oder ob sie eben zugelassen werden muss⁵⁴.

2. Revision als Rechtsmittel der Parteien

Indes ist das nicht der entscheidende Punkt. Die Verfassung verbietet, dass die Revision, wenn sie denn als echtes

29) Zuletzt BVerfG, NJW 2003, 1924 (1925) m. w. Nachw.

30) BGH, NJW 2002, 3180 (3181); NJW 2003, 1943 (1946); ebenso BT-Dr 14/4722, S. 104; Wenzel, NJW 2002, 3356 (jew. allerdings m. Hinw. auf die Verfahrensgrundrechte).

31) BGH, NJW 2003, 1943 (1944).

32) BVerfGE 35, 202 (219) = NJW 1973, 1226 (1227); BVerfGE 42, 163 (169) = NJW 1976, 1680 (1681); BVerfGE 54, 129 (136) = NJW 1980, 2069; BVerfGE 54, 208 (212) = NJW 1980, 2072; BVerfG, NJW 1999, 483 (484); NJW 2001, 61 (62).

33) BGHZ 78, 9 (16) = NJW 1980, 2801 (2803); BGHZ 132, 13 (21) = NJW 1996, 1131 (1133); BGHZ 143, 199 (209) = NJW 2000, 1036 (1039); BGH, NJW 1985, 1421 (1422); NJW 1987, 1403 f.; NJW 1992, 1314 (1316); NJW 1994, 2614 (2615); NJW 1997, 2513; NJW 2000, 1036; NJW 2000, 3421 (3422).

34) BVerfGE 85, 1 (13 f.) = NJW 1992, 1439 (1440); BVerfGE 86, 122 (129) = NJW 1992, 2409 (2410); BVerfG, NJW 1992, 2013; NJW 1994, 1149 (1150).

35) BVerfGE 85, 1 (13) = NJW 1992, 1439 (1440); BGHZ 86, 122 (129) = NJW 1992, 2409 (2410); BVerfGE 94, 1 (9) = NJW 1996, 1529 (1530); BVerfG, NJW 1992, 2013; NJW 1993, 1845; NJW 1994, 1149 (1150).

36) BVerfGE 68, 361 (370) = NJW 1985, 2633 (2634); BVerfGE 79, 292 (305) = NJW 1989, 970 (971); BVerfGE 81, 29 (32 f.) = NJW 1990, 309; BVerfG, NJW-RR 2003, 1164.

37) Dasselbe hat mit den jeweiligen Besonderheiten auch für andere Grundrechte zu gelten; vgl. z. B. für Art. 12 GG unter dem Aspekt des Schutzgebots BVerfGE 84, 133 (146 f.) = NJW 1991, 1667; BVerfGE 85, 360 (372 f.) = NJW 1992, 1373 (1374); BVerfGE 92, 140 (150) = NZA 1995, 619 (620); BVerfGE 97, 169 (175) = NJW 1998, 1475; BVerfG, NJW 2003, 2815.

38) BVerfGE 45, 142 (179) = NJW 1977, 2024 (2027 f.); BVerfGE 68, 193 (222) = NJW 1985, 1385 (1389); BVerfGE 83, 201 (208) = NJW 1991, 1807; BVerfGE 95, 267 (300) = NJW 1997, 1975; Wendt, in: Sachs, GG, 3. Aufl. (2003), Art. 14 Rdnr. 24.

39) Voßkuhle, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. III, 4. Aufl. (2001), Art. 93 Rdnr. 55; Murswiek, in: Sachs, GG, 3. Aufl. (2003), Art. 2 Rdnr. 58; Dreier, in: Dreier, GG, 1996, Art. 2 Rdnr. 28, 29; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Aufl. (2002), Rdnr. 1172 ff.

40) BVerfGE 82, 286 (299) = NJW 1991, 217 (219); BVerfGE 87, 282 (284 f.) = NJW 1993, 381.

41) BVerfGE 6, 32 (41) = NJW 1957, 297 (298).

42) Voßkuhle, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fußn. 39), Art. 93 Rdnr. 55 m. w. Nachw.

43) Vgl. z. B. BVerfGE 87, 48 (63) = NJW 1993, 1123; vgl. auch BVerfGE 62, 338 (343) = NJW 1983, 1046; BVerfGE 65, 317 (322) = NJW 1984, 1025.

44) BVerfGE 18, 85 (92 f.) = NJW 1964, 1715 (1716); BVerfGE 42, 143 (149) = NJW 1976, 1677; BVerfGE 85, 248 (257 f.) = NJW 1992, 2341 f.; BVerfGE 92, 140 (152 f.) = NZA 1995, 619 (620); BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 (958); BVerfG, NJW 2003, 2818 (2819).

45) BVerfGE 96, 152 (164) = NJW 1997, 2312 (2313); BVerfG, NJW 2003, 2815 (2816).

46) Vgl. z. B. Wieland, in: Dreier (o. Fußn. 39), 2000, Art. 93 Rdnr. 78.

47) Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 239 f.; ders. NJW 2003, 2191 f.

48) BGHZ 152, 182 (193 f.) = NJW 2003, 65 (68).

49) BGH, NJW 2003, 1943 (1945) (V. Senat).

50) BVerfGE 54, 277 (295 f.) = NJW 1981, 39 (42).

51) BVerfGE 54, 277 (293 f.) = NJW 1981, 39 (42).

52) BVerfGE 54, 277 (294) = NJW 1981, 39 (42).

53) BVerfGE 54, 277 (295) = NJW 1981, 39 (42).

54) Prütting, ZJP 95 (1982), S. 81.

Rechtsmittel der Parteien ausgestaltet ist⁵⁵, aus Gründen abgelehnt werden kann, die – eben wie die Arbeitsbelastung des BGH – im Einzelfall nicht vorhersehbar und daher dem Zufall überlassen sind⁵⁶, ohne dass dafür sachliche Gründe vorliegen⁵⁷.

a) Ob die Revision auch zum Schutz individueller Rechte der Parteien konzipiert ist, ist nach der Novelle unklar. Die Rechtsprechung scheint dahin zu tendieren, dies für Fehler auf einfach-rechtlicher Ebene zu verneinen. Belange der Allgemeinheit würden auch dann nicht tangiert, wenn der Streit unrichtig entschieden worden sei⁵⁸; eine Grenze werde erst erreicht, wenn die Entscheidung zweifelsfrei objektiv gegen das Willkürverbot des Art. 3 I GG verstoße oder Verfahrensgrundsätze verletze⁵⁹ und daher von Verfassungs wegen einer Korrektur bedürfe⁶⁰. Das ist allerdings nicht die Auffassung der Gesetzesbegründung. Sie spricht ausdrücklich davon, dass die Revision einerseits dem öffentlichen allgemeinen Anliegen, das in der Wahrung der Rechtseinheit und Fortbildung des Rechts bestehe, zum anderen aber auch den Interessen der Parteien an der Beseitigung von Fehlern diene⁶¹. Und das Gesetz hat die Revision nach wie vor als echtes Rechtsmittel der Parteien ausgestaltet; das hatte das BVerfG in seiner Entscheidung von 1980 als wesentlichen Gesichtspunkt genannt⁶².

b) Allerdings zieht die Gesetzesbegründung des Weiteren die Konsequenz, dass sich die Ausgestaltung der Revision an den Auswirkungen einer Entscheidung auf die Allgemeinheit orientieren dürfe⁶³. Das Interesse der Parteien habe im Kollisionsfall zurückzutreten. Einen solchen Kollisionsfall stelle der Umstand dar, dass das Revisionsgericht bei uneingeschränkter Statthaftigkeit nicht in der Lage sei, alle zu ihm kommenden Rechtsstreitigkeiten dieser Art zu erledigen⁶⁴. Der BGH will die Revision deshalb nur bei Fehlern von symptomatischer Bedeutung oder Signalwirkung zulassen⁶⁵. Die Notwendigkeit einer höchststrichterlichen Leitentscheidung müsse sich aus konkreten Anhaltspunkten ergeben, die eine Wiederholung des Rechtsfehlers durch das Gericht⁶⁶ oder die ernsthafte Gefahr einer Nachahmung durch andere Gerichte⁶⁷ besorgen ließen.

c) Doch ist es gerade die Frage, ob man die Zulassung der Revision so engen Schranken unterwerfen darf. Denn umgekehrt sind die Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie aus den Grundrechten, zumal aus dem Gleichheitsgrundsatz zu beachten⁶⁸. Das Problem spitzt sich damit auf die Überlegung zu, ob bei zwei – unterstellt: unrichtigen – Urteilen das öffentliche Interesse über die Zulassung in unterschiedlicher Weise entscheiden kann, ob mit anderen Worten bei fehlendem öffentlichen Interesse die Zulassung versagt werden darf, bei bestehendem öffentlichen Interesse die Revision dagegen zuzulassen ist. Man wird hier an zwei unterschiedliche Fallgruppen zu denken haben.

(1) In der ersten passiert der Fehler in einigen Urteilen der Berufungsinstanz nahezu zeitgleich; genauso liegt es, wenn das zweite Berufungsurteil nur später, aber zeitlich vor der Revisionsentscheidung des ersten Falles ergeht⁶⁹. Dann kann der BGH nicht nur einer der Nichtzulassungsbeschwerden, etwa der zuerst eingereichten, mit der Begründung stattgeben, dem öffentlichen Interesse sei genüge getan, wenn er – exemplarisch – seine Rechtsauffassung nochmals erläutere. Denn es wäre den – unterstellt zwei – Beschwerdeführern nicht klar, welcher der beiden Beschwerden stattgegeben und welche zurückgewiesen werden würde. Das widerspräche dem Postulat des BVerfG, die Regeln über den Zugang zu Rechtsmittelgerichten seien für den Bürger möglichst klar erkennbar und bestimmt zu halten⁷⁰. Darüber hinaus müsste klargelegt werden, unter welchen Umständen der BGH Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr⁷¹ annimmt. Das müsste, um den einzelnen Rechtsmittelführern die Prognose zu ermöglichen oder jedenfalls zu erleichtern, fast numerisch geschehen. Die Re-

visionsführer müssten sich erkundigen, ob denn schon ein vergleichbarer Fall angenommen worden sei. Auch dann bleiben Zweifel, namentlich bleibt unklar, warum es dem einen Rechtsmittelführer möglich sein soll, die Korrektur eines materiellen Fehlers zu erreichen, dem anderen dagegen nicht, weil der BGH – wie unterstellt werden mag – durch die erneute Entscheidung die Oberlandesgerichte für die Zukunft auf den richtigen Weg bringt. Wenn auch meist unter dem Aspekt der Fortbildung des Rechts wird die Frage auch innerhalb des BGH durchaus unterschiedlich gesehen; zum Teil verneint man die Notwendigkeit einer erneuten Entscheidung, da die grundsätzliche Rechtsfrage geklärt sei⁷². Auf der anderen Seite wird es – zu Recht – als schwer hinnehmbar angesehen, wenn ein Berufungsurteil Bestand hat, weil es die Revision nicht zulässt, aber mangels Wiedergabe der tatsächlichen Feststellung die Prüfung der Voraussetzung einer erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerde erschwert oder gar vereitelt. Noch weniger verständlich sei es, wenn eine statthafte Zulassungsbeschwerde gegen ein solches Urteil deswegen keinen Erfolg habe, weil der BGH die Frage, ob derartige Urteile prozessordnungswidrig seien, bereits positiv beantwortet habe⁷³. Das hat generell zu gelten und nicht nur für den Fall des fehlenden Tatbestands⁷⁴.

(2) Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, wenn es um Fehler zweier Berufungsgerichte in unterschiedlichen Feldern geht. Ein Berufungsgericht begehe einen Fehler, der immer wieder gemacht wird, ein anderes entscheide einen singulären Fall unrichtig; es ist also unwahrscheinlich, dass sich eine derartige Konstellation wiederholt. Allenfalls hier könnte man das unterschiedliche öffentliche Interesse den Ausschlag geben lassen, wie das auch in der Rechtsprechung des BGH anklingt; fordert er doch, dass es sich um eine ständige Fehlerpraxis handelt, die Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr in sich birgt⁷⁵. Doch auch hier bleiben Bedenken. Namentlich ist zu fragen, ob es dann, wenn es an einer Leitentscheidung des BGH fehlt, nicht um die Fortbildung des Rechts nach § 543 II 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO geht. Der BGH fordert zwar für diese Fallgruppe, dass es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungsweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlen müsse⁷⁶. Doch ist es bei noch nicht entschiedenen Problemen zumindest schwierig, beim ersten Auftreten verlässliche Prognosen darüber zu treffen, ob es sich um einen typischen oder verallgemeinerungsfähigen Lebenssachverhalt handelt.

55) BVerfGE 54, 277 (288 f.) = NJW 1981, 39 (40).

56) BVerfGE 54, 277 (293) = NJW 1981, 39 (41).

57) BVerfGE 54, 277 (295 f.) = NJW 1981, 39 (42).

58) BGHZ 152, 182 (193) = NJW 2003, 65 (68); BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

59) BGHZ 152, 182 (193 f.) = NJW 2003, 65 (68).

60) BGH, NJW 2002, 2957; NJW 2003, 1943 (1946).

61) BT-Dr 14/4722 S. 66.

62) BVerfGE 54, 277 (288) = NJW 1981, 39 (40).

63) BT-Dr 14/4722 S. 66.

64) BT-Dr 14/4722 S. 66.

65) BGHZ 152, 182 (187) = NJW 2003, 65 (66 f.); BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

66) BGHZ 152, 182 (187) = NJW 2003, 65 (66); BGH, NJW 2002, 2957; NJW 2003, 754 (755); NJW 2003, 1943 (1945); zu § 574 II Nr. 2 ZPO BGH, NJW 2002, 3783 (3784).

67) BGHZ 152, 182 (187) = NJW 2003, 65 (66); BGH, NJW 2002, 2957; NJW 2003, 754 (755); NJW 2003, 1943 (1945); zu § 574 II Nr. 2 ZPO BGHZ 151, 42 (46) = NJW 2002, 2473 (2474).

68) BVerfGE 54, 277 (292) = NJW 1981, 39 (41).

69) So war es bei BGH, Beschl. v. 3. 6. 2003 – XI ZR 216/02.

70) BVerfGE 54, 277 (292 f.) = NJW 1981, 39 (41).

71) BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

72) BGH, NJW 2003, 2319 f. (XI. Senat); NJW-RR, 2003, 352 (IV. Senat).

73) BGH, NJW 2003, 3352 (unter II 6).

74) Um den es bei BGH, NJW-RR 2003, 1290 (1291) und im Urte. v. 7. 5. 2003 – VIII ZR 219/02 unter I und im Beschl. NJW 2003, 3352 unter II 6 ging.

75) BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

76) BGHZ 151, 221 (225) = NJW 2002, 3029 (3030); BGH, NJW 2003, 1943 (1945).

V. Das Problem der Divergenz

Allgemein anerkannt ist in der Rechtsprechung auch des BGH die Zulassung der Revision in den Fällen der Divergenz⁷⁷. Eine Abweichung liegt vor, wenn die anzufechtende Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders behandelt als die Vergleichsentscheidung, mithin einen Rechtssatz aufstellt, der sich mit dem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten und diese tragenden Rechtssatz nicht deckt⁷⁸. Die bloße fehlerhafte Rechtsanwendung soll dagegen eine Divergenz nicht begründen⁷⁹. Teilweise wird auch im Rahmen der Divergenz die Gefahr einer Wiederholung⁸⁰ oder Nachahmung⁸¹ gefordert. Andere Bundesgerichte formulieren etwas abweichend, meinen in der Sache aber dasselbe. Der Beschwerdeführer müsse einen abstrakten Rechtssatz aus der anzufechtenden Entscheidung sowie einen davon abweichenden Rechtssatz der Obergerichte anführen sowie aufzeigen, dass das anzufechtende Urteil auf dieser Abweichung beruht⁸². Es muss sich also um einen fallübergreifenden Rechtssatz handeln⁸³, während – das sei hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt – die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht als Grund für die Revisionszulassung angesehen wird⁸⁴. Alle diese Einschränkungen sind aus mehreren Gründen nicht überzeugend.

1. Abgrenzung zwischen Divergenz und Rechtsfehler

So ist schon fraglich, ob die Unterscheidung zwischen einer Divergenz und einem Rechtsfehler so getroffen werden kann⁸⁵. Will etwa ein Oberlandesgericht dem Kläger, der als Embryo im Mutterleib geschädigt worden war, den Schadensersatz nach § 823 I BGB im Gegensatz zur Rechtsprechung des BGH⁸⁶ nicht zusprechen, da es an der Rechtsfähigkeit im Augenblick der Schädigung gefehlt habe, so könnte es seiner Entscheidung den abstrakten Rechtssatz vorausstellen, der Embryo habe auch nach der Geburt mangels Rechtsfähigkeit zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses keinen Anspruch. Das Gericht könnte aber auch lediglich in den Gründen dartun, dass und warum es den Anspruch ablehnt. Inhaltlich ist mit beiden Entscheidungen dasselbe gesagt⁸⁷. Dies gilt umso mehr, als es dem Beschwerdeführer obendrein möglich sein soll, aus den Gründen des Berufungsgerichts selbst den Rechtssatz herauszufiltern und zu formulieren⁸⁸; er kann sich aus fallbezogenen Ausführungen ergeben⁸⁹. Der Rechtssatz braucht in der Entscheidung nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein⁹⁰; auch umgekehrt genügt es, wenn vom Beschwerdeführer im Ergebnis eine Divergenz geltend gemacht wird⁹¹.

2. Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen

In zahlreichen Nichtzulassungsentscheidungen nehmen die Obergerichte an, nicht die Unrichtigkeit der Entscheidung im Einzelfall, sondern die Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen begründe die Zulassung der Revision wegen Divergenz⁹². Unverzichtbar sei, dass das Gericht selbst zweifelsfrei in den Gründen seiner Entscheidung wenigstens mittelbar und im Ergebnis eindeutig einen Rechtssatz habe aufstellen wollen⁹³. Dies sei nötig, weil sonst bei jeder falschen Rechtsanwendung und dem Vorliegen einer – wie zu ergänzen ist: richtigen – Entscheidung des obersten Fachgerichts eine Divergenz vorläge⁹⁴. Wäre diese These der Gerichte richtig, so hätte das zur Konsequenz, dass der Begriff der Abweichung in den §§ 45 II ArbGG, 132 II GVG einen anderen Inhalt hätte als derjenige in § 72 II Nr. 2 ArbGG und als der Begriff der Abweichung, wie er im Rahmen des § 543 II S. 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zu Grunde gelegt wird. Bei jeder Abweichung ist nach den §§ 45 II ArbGG, 132 II GVG der

Große Senat anzurufen. Das zeigt z. B. eine Entscheidung des BGH, die sich mit einer Divergenz nach den §§ 43 I, 45 I WEG, § 28 II FGG beschäftigt⁹⁵. Das vorlegende Oberlandesgericht beurteilt darin die Frage der Zulässigkeit eines Verwaltervertrages abweichend von einem anderen. Das Oberlandesgericht legt damit statthafterweise als Divergenz vor. Nicht anders ist aber der Fall zu entscheiden, in dem das Oberlandesgericht von einer Rechtsprechung des BGH abweicht⁹⁶.

3. Übersehen eines Rechtssatzes

Schwierigkeiten versucht man dadurch zu entgehen, dass man entweder formuliert, das Gericht habe einen Rechtssatz nicht aufgestellt, sondern nur übersehen⁹⁷. Das überzeugt nicht. Wenn das Gericht den Anspruch des Embryo verneint, da er zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses nicht rechtsfähig gewesen sei, und damit die Rechtsprechung des BGH missachtet, stellt es zumindest implizit den Rechtssatz von der fehlenden Haftung bei Schädigungen eines Embryos auf. Oder man sagt, es gehe

77) BGHZ 152, 182 (186) = NJW 2003, 65 (66); BGH, NJW 2002, 2957; NJW 2002, 3180; NJW 2003, 754 (755); NJW 2003, 1943 (1945).

78) BGHZ 152, 182 (186) = NJW 2003, 65 (66); BGH, NJW 2002, 2957; NJW 2003, 754 (755); NJW 2003, 1943 (1945); für § 574 II Nr. 2 ZPO BGHZ 151, 42 (45) = NJW 2002, 3273 f.; BGHZ 151, 221 (225 f.) = NJW 2002, 3029 (3030).

79) BGH, NJW 2003, 1943 (1945); Wenzel, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsbd. 2002, § 543 Rdnr. 16.

80) So für § 543 II 1 Nr. 2 F. 2 ZPO BGH, NJW 2003, 2319 (2320); NJW-RR 2003, 1074; BGH, Beschl. v. 3. 6. 2003 – XI ZR 216/02; so für § 574 II Nr. 2 ZPO BGH, NJW 2002, 3783 (3784); NJW-RR 2003, 132 (133); NJW-RR 2003, 229.

81) So für § 543 II 1 Nr. 2 F. 2 ZPO BGH, NJW-RR 2003, 1074; so für § 574 II Nr. 2 ZPO BGH, NJW-RR 2003, 132 (133); NJW-RR 2003, 229.

82) BAGE 78, 373 (375) = NJW 1995, 1573; BAG, NJOZ 2002, 390 (391); BAG, AP Nr. 3 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz; Nr. 35 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 2.1); BSG, NZS 1999, 571 (573); BVerwG, NVwZ-RR 1997, 513; NVwZ-RR 1997, 515; NVwZ-RR 1997, 516; BbgVerfG, NZA 1998, 1300 f.; BFHE 138, 152 (153); BFHE 163, 204 (206); BFHE 167, 448 (450); BFH/NV 1997, 237.

83) BAG, AP Nr. 42 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 2 a).

84) BAG, AP Nr. 42 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 2 e).

85) Scheuch/Lindner, NJW 2003, 729.

86) BGHZ 8, 243 (246 ff.) = NJW 1953, 417 f.; BGHZ 86, 240 (253) = NJW 1983, 1371 (1374); BGHZ 106, 153 (155 f.) = NJW 1989, 1538 (1539).

87) So auch BGH, NJW 2002, 3783 (3784); NJW-RR 2003, 229; wohl auch NJW-RR 2003, 276.

88) BAG, AP Nr. 42 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 2 c); Nr. 48 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 2 a).

89) BAG, AP Nr. 9 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 2 a); Nr. 15 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter 2); BbgVerfG, NZA 1998, 1300 (1301).

90) BVerwG Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 130; BFHE 167, 448 (450).

91) BGH, NJW-RR 2003, 229.

92) BSG, NZS 1999, 571 (573).

93) BSG, NZS 1999, 571 (573); BVerfG, NJW 1996, 45 (dort war aber das LAG wohl von einer falschen Tatsache – der fehlenden Betriebsratsanhörung – ausgegangen); dann bleibt die Revision verschlossen.

94) BAG, Nr. 11 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 3 a); Nr. 13 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz (unter II 2); BSG, NZS 1999, 571 (573).

95) BGHZ 151, 164 (168) = NJW 2002, 3240 (3241).

96) Der Unterschied liegt anders, wirkt sich aber im vorliegenden Zusammenhang nicht aus. Ein Berufungsgericht kann wegen Divergenz nur vorlegen bzw. die Revision zulassen, wenn es sich bewusst von der Rechtsprechung des BGH oder eines Oberlandesgerichts abhebt. Bei der Nichtzulassungsbeschwerde kann der BGH feststellen, dass die Abweichung dem Berufungsgericht nicht bewusst war. Das ändert nichts am Begriff der Divergenz. Die Vorlagepflicht besteht auch dann, wenn ein anders Oberlandesgericht die Divergenz übersehen und also nicht vorgelegt hat (BGHSt 10, 94 [96]; Kissel, GVG 3. Aufl. [2001]; § 121 Rdnr. 19; Wiczorek/Schütze/Schreiber, ZPO m. Nebengesetzen, 3. Aufl. [1995], § 132 GVG Rdnr. 5).

97) BVerwG, Buchholz 310 § 312 VwGO Nr. 147 unter 2.

um einen Rechtssatz in einem anderen Gebiet⁹⁸. Dann wäre zumindest die Revision wegen Fortbildung des Rechts zuzulassen.

4. Subsumtionsfehler

Als gängige Formel wird verwandt, Subsumtionsfehler begründeten keine Divergenz⁹⁹. Soweit damit nicht ohnehin nur die – der Revision in der Tat verschlossene – Tatsachenfeststellung angesprochen wird¹⁰⁰, ist die These nicht überzeugend. Denn das Berufungsgericht würde nach dieser Abgrenzung nicht divergieren, wenn es zunächst den Rechtssatz aufstellte, der Embryo sei durch § 823 I BGB geschützt, dann aber den Anspruch des Klägers verneint, da er als Embryo nicht geschützt sei. Dann läge nach dieser These nur ein Subsumtionsfehler vor. Dagegen würde das Berufungsgericht divergieren, wenn es ohne Nennung eines Obersatzes sogleich den Anspruch ablehnte, da der Kläger als Embryo nicht geschützt sei. Dann wäre der Rechtssatz implizit angesprochen worden¹⁰¹. Eine solche Differenzierung überzeugt wertungsmäßig nicht.

5. Revisionsbegründung bei Verfahrensgrundrechtsverletzung

Diese These wird durch eine Kontroverse zwischen dem V. und XI. Senat bestätigt; darin geht es um die dogmatische Begründung der Revisionszulassung, wenn Verfahrensgrundrechte oder das Willkürverbot verletzt worden sind. Der XI. Senat subsumiert diesen Fall unter § 543 II 1 Nr. 1 ZPO, misst ihm also grundsätzliche Bedeutung bei. Den Fall unter § 543 II 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zu ziehen verbiete sich, da die Norm nicht auf das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung abstelle, sondern allein auf die davon zu unterscheidende Einheitlichkeit der Rechtsprechung¹⁰². Dem setzt der V. Senat die Auffassung entgegen, jede fehlerhafte Gerichtsentscheidung störe die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, weil sie auf einer Rechtsanwendung beruhe, die von derjenigen anderer Gerichte abweiche, die das Recht richtig anwendeten. Bei diesem weiten Verständnis bedürfte es daher zur Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsprechung der Korrektur einer jeden fehlerhaften Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht. Damit werde die Funktionsfähigkeit des BGH in Frage gestellt; deshalb habe der Gesetzgeber den Zugang zur Revisionsinstanz auf Rechtssachen beschränkt, die die Allgemeinheit im besonderen Maße berührten und daher eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderten¹⁰³. Das bedeutet, dass nach dem eigenen Verständnis des V. Senats jede falsche Entscheidung die einheitliche Rechtsprechung tangiert. Damit ist unklar, worin der Unterschied zu einer divergierenden Entscheidung liegen soll.

6. Schumann'sche Formel

Im Recht der Verfassungsbeschwerde hat sich seit geraumer Zeit die so genannte *Schumann'sche* Formel herausgebildet. Eine

Entscheidung ist verfassungswidrig, wenn die vom Gericht gefundene Konkretisierung des Gesetzes, formuliert als explizite Norm, gegen die Grundrechte verstieße¹⁰⁴. Auch das zeigt, dass es einen Unterschied zwischen den Fällen der Divergenz und einer bloß fehlerhaften Rechtsanwendung kaum geben dürfte.

7. Zulassungsgründe der Nichtzulassungsbeschwerde

§ 543 II ZPO legt die Zulassungsgründe einheitlich für das Berufungsgericht und für das Revisionsgericht im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde fest. Das bedeutet, dass das Berufungsgericht aus denselben Gründen die Zulassung verweigern kann, die auch den BGH berechtigen, die Nichtzulassungsbeschwerde abschlägig zu bescheiden. Das bedeutet weiter, dass das Berufungsgericht berechtigt ist, bei Fehlen des allgemeinen Interesses die Zulassung der Revision abzulehnen. Es könnte also feststellen, dass es zwar von einer ständigen Rechtsprechung des BGH abweiche, dass aber weder die Gefahr bestehe, dass das Gericht selbst diesen Schritt wiederhole, noch dass andere sich zur Nachahmung hinreißen ließen. Es könnte, um es auf die Spitze zu treiben, feststellen, es habe zwar abweichend von der Rechtsprechung des BGH subsumiert, jedoch bestehe kein Wiederholungs- oder Nachahmungseffekt.

VI. Zusammenfassung

1. Die Revision ist jedenfalls bis zur Entscheidung des Gesetzgebers oder dem In-Kraft-Treten der Grundsätze des BVerfG zuzulassen, wenn das Berufungsgericht Verfahrensgrundrechte verletzt hat.

2. Die Revision ist zuzulassen, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts materielle Grundrechte verletzt, allerdings je nach Gebiet nur bei der Missachtung spezifischen Verfassungsrechts.

3. Es ist in hohem Maße fraglich, ob das Revisionsgericht frei auswählen kann, welche von zwei inhaltlich unrichtigen Entscheidungen es aufhebt, um die Wiederholung und Nachahmung zu verhindern.

4. Die Behandlung der Divergenzfälle verkennt, dass jede unrichtige Anwendung eines Rechtssatzes eine Divergenz bedeutet.

98) BVerwG, Buchholz 238.3 A § 83 PersVG Nr. 13 mit der Unterscheidung zwischen dem Rechtsschutzbedürfnis bei einem Gerichtsbeschluss und bei einer Verwaltungsanordnung.

99) BVerwG, NVwZ 1982, 433; NVwZ 1989, 1169; NVwZ 1998, 850 (851); NVwZ 1999, 183; NVwZ-RR 1997, 191; Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 260; Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 362; 418.72 WeinG Nr. 16; BSG, NZS 1999, 571 (572).

100) Vgl. z.B. BVerwG, NVwZ 1989, 1169; NVwZ 1998, 850 (851); NVwZ-RR 1997, 191; BFHE 129, 313 (314).

101) Vgl. o. V 1.

102) BGHZ 152, 182 (193) = NJW 2003, 65 (68).

103) BGH, NJW 2003, 1943 (1946).

104) Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, 207; J. Hager, JZ 1994, 377; vgl. aus der Rechtsprechung z.B. BVerfGE 69, 188 (205) = NJW 1985, 2939 (2940); BVerfGE 79, 283 (290) = NJW 1989, 972 (973); BVerfGE 82, 6 (15f.) = NJW 1990, 1593 (1594); BVerfGE 84, 197 (199) = NJW 1991, 2272.

Ministerialdirektor Berndt Netzer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

Die Neuregelungen des Beweisrechts im geplanten Justizmodernisierungsgesetz

I. Einleitung

Vor der Darstellung der beweisrechtlichen Regelungen des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung der Justiz¹ erscheint es geboten, die Hintergründe und Ziele des Entwurfs insgesamt kurz anzusprechen. Das Justizmodernisierungsgesetz will – nicht nur im Bereich

der ZPO, sondern auch in anderen Verfahrensordnungen – zügig konsensfähige Regelungen schaffen, die die Organisation und das Verfahren der Justiz vereinfachen, ohne die Qualität der Rechtsfindung oder gar rechtsstaatliche

1) Justizmodernisierungsgesetz – BT-Dr 15/1508 – <http://dip.bundestag.de/btd/15/015/1501508.pdf>.

Grundsätze zu beeinträchtigen. Es versteht sich nicht als Ersatz für weitergehende, grundlegende Reformen der Gerichtsorganisation oder von Verfahrensordnungen. Wer etwa über die Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten, über einen dreistufigen Gerichts Aufbau, auch über einheitliche Eingangsgerichte nachdenkt und diskutiert, hat dafür sicherlich gute Gründe. Neben solchen tiefgreifenden Reformen darf indessen der Weg eher kleiner, dafür aber zeitnaher Schritte nicht vernachlässigt werden. Einen solchen Schritt stellen die im Entwurf des Justizmodernisierungsgesetzes enthaltenen Änderungen des Beweisrechts dar.

II. Ziele der Neuregelungen des Beweisrechts

Ziel der vorgeschlagenen Neuregelung ist es, richterliche Tatsachenfeststellungen und einzelne Beweiserhebungen nicht allein auf dasjenige Verfahren zu beschränken, im Rahmen dessen die Feststellungen getroffen und die Beweiserhebungen vorgenommen wurden. Vielmehr soll – und zwar in weiterem Umfang als es der derzeitige Rechtszustand erlaubt – eine Verwertung auch in einem nachfolgenden Prozess möglich sein. Der Hauptfall einer derartigen erweiterten prozessualen Verwertungsmöglichkeit dürfte die Verwertung strafprozessual gewonnener Erkenntnisse im Zivilprozess sein. Insoweit ist zunächst auf Folgendes hinzuweisen: Das Bundesministerium der Justiz hat im Juli 2003 den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz) vorgelegt. Ein Schwerpunkt dieses Gesetzentwurfs liegt darin, das Adhäsionsverfahren im Rahmen eines Strafprozesses nachhaltig zu beleben. Die gleichzeitige, einheitliche justizielle Bewältigung eines Konfliktfalles in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Hinsicht ist nicht nur ein Gebot der Effizienz. Sie dient auch einem verstärkten Schutz des Opfers, dem ein mehrstufiger Rechtsschutz und damit verbundene Mehrfachvernehmungen erspart werden. Der Entwurf eines Opferrechtsreformgesetzes sieht deshalb eine deutlich stärkere Verpflichtung des Strafrichters vor, auf Antrag des Opfers einer Straftat ein Adhäsionsverfahren durchzuführen.

Gleichwohl muss und wird es Strafprozesse geben, die sich für ein Adhäsionsverfahren nicht eignen, so dass das Opfer nach wie vor auf den Zivilrechtsweg angewiesen ist, um Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Für diesen Fall sollen die mit dem Justizmodernisierungsgesetz vorgeschlagenen Möglichkeiten der Beweiserstreckung – gewissermaßen als „Auffangtatbestand“ bei nicht durchgeführter Adhäsion – greifen.

III. Umsetzung der Ziele im Beweisrecht

1. Verwertung im Strafurteil festgestellter Tatsachen im Folgeprozess

Nach einem neuen § 415 a ZPO sollen rechtskräftige Strafurteile – entgegen der ursprünglichen Fassung des Regierungsentwurfs hingegen nicht Urteile in Ordnungswidrigkeitensachen – im Wege des Urkundsbeweises, also nur auf Antrag der beweisbelasteten Partei, verwertet werden können und vollen Beweis der darin für erwiesen erachteten Tatsachen begründen. Zur Beweisführung geeignet sind nur für erwiesen erachtete Tatsachen. Bloße Wahrunterstellungen oder in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ einem Strafurteil zu Grunde gelegte Feststellungen nehmen mithin an der Beweisführung nicht teil. Soweit aus einem Strafurteil – aus welchen Gründen auch immer – die vom Strafrichter für erwiesen erachteten Tatsachen trotz § 267 I StPO nicht hinreichend erkennbar sind, muss eine Verwertung im nachfolgenden Prozess unterbleiben.

Eine Unterscheidung zwischen tragenden und nicht-tragenden Gründen des Strafurteils sieht § 415 a ZPO nicht vor, da sich die Richtigkeitsgewähr eines Strafurteils auf alle darin enthaltenen, zur Überzeugung des Gerichts getroffenen Feststellungen bezieht. Zudem wird vermieden, dass sich die Zivilgerichte mit der nicht selten komplizierten Unterscheidung zwischen tragenden und nicht-tragenden Feststellungen eines Strafurteils befassen müssen.

Die Beweisführung durch urkundliche Verwertung eines Strafurteils soll freilich nicht uneingeschränkt erfolgen. Vielmehr soll im nachfolgenden Prozess eine erneute Beweiserhebung dann möglich sein, wenn das Gericht auf Grund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an den strafrichterlichen Feststellungen hat. Diese Regelung entspricht der im Rahmen der ZPO-Reform geschaffenen Vorschrift des § 529 I Nr. 1 ZPO, wonach das Berufungsgericht die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen nicht zu Grunde zu legen hat, soweit konkrete Anhaltspunkt Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen erster Instanz begründen.

Auch wenn der Zivilrichter keine derartigen Zweifel hat, muss es der Gegenpartei möglich sein, im Wege des Gegenbeweises die Richtigkeit der strafgerichtlichen Feststellungen zu widerlegen, indem sie einen gegenteiligen Geschehensablauf darlegt und beweist.

Mit diesen beiden Einwendungen kann sich auch die Partei, die am Strafverfahren nicht beteiligt war, in hinreichendem Ausmaß rechtliches Gehör im nachfolgenden Zivilprozess verschaffen.

Die dargestellte Verwertung strafrichterlicher Feststellungen in einem nachfolgenden Prozess wirft ersichtlich die Frage nach der rechtlichen Behandlung von Zeugnisverweigerungsrechten und Beweisverboten im Folgeprozess auf. Zwei „Extremlösungen“ stehen sich hier gegenüber: Sollen strafrichterliche Erkenntnisse nur dann Eingang in den Folgeprozess finden können, wenn die zur Verwertung anstehenden strafrichterlichen Erkenntnisse im Folgeprozess auch unter Beachtung der dort geltenden Zeugnisverweigerungsrechte und Beweisverbote hätten gewonnen werden können? Oder sollen nach der Verfahrensordnung des Folgeprozesses geltende Zeugnisverweigerungsrechte und Beweisverbote im Falle einer Verwertung strafrichterlicher Erkenntnisse keine Rolle spielen? Der Entwurf der Bundesregierung neigt letzterer Lösung zu. Dies deshalb, weil im Falle eines im Rahmen des Strafprozesses durchgeführten Adhäsionsverfahrens etwaige Zeugnisverweigerungsrechte und Beweisverbote der Zivilprozessordnung ebenfalls keine Berücksichtigung finden. Diese hier nur kurz skizzierte Problemstellung bedarf indessen weiterer Prüfung und Diskussion.

§ 415 a ZPO soll gem. § 46 II ArbGG auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren gelten und gem. § 98 VwGO, § 118 SGG auch im verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren anwendbar sein. Durch eine – im Justizmodernisierungsgesetz ebenfalls vorgesehene – Ergänzung des § 82 FGO wird sie auch im finanzgerichtlichen Verfahren Anwendung finden.

2. Verwertung des Protokolls einer richterlichen Vernehmung

Der Entwurf sieht in § 374 ZPO weiter vor, dass eine Zeugenvernehmung durch die Verwertung des Protokolls einer richterlichen Vernehmung des Zeugen in einem anderen Verfahren ersetzt werden kann, wenn dies zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Prozessgericht zweckmäßig erscheint und wenn anzunehmen ist, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag. Damit soll, falls weder ein Adhäsionsverfahren noch eine Verwertung strafrichterlicher

terlicher Erkenntnisse nach § 415 a ZPO stattfinden, wenigstens das Ergebnis einer in einem vorangegangenen Verfahren stattgefundenen Beweiserhebung verwertet werden können. Im Unterschied zu § 415 a ZPO soll eine solche Verwertung nicht nur aus einem Strafverfahren heraus, sondern „quer durch alle Verfahrensarten“ möglich sein (vgl. auch insoweit § 46 II ArbGG, § 98 VwGO, § 118 SGG, § 82 FGO).

Sachgerecht erscheint es indessen, die dargestellte Verwertungsmöglichkeit nur dann vorzusehen, wenn die Verfahrensbeteiligten des Prozesses, in dessen Rahmen verwertet werden soll, auch im vorangegangenen Verfahren beteiligt waren, also bei der Vernehmung des Zeugen ein Fragerecht hatten.

3. Verwertung des im Vorprozess eingeholten Sachverständigengutachtens

Ein neuer § 411 a ZPO soll die Verwertung eines in einem Vorprozess eingeholten schriftlichen Sachverständigengutachtens in einem nachfolgenden Prozess im Wege des Sachverständigen- (also nicht lediglich Urkunden-) beweises ermöglichen.

4. Erweiterung der Anwendung des Freibeweises

Kurz hinzuweisen ist noch auf die im Entwurf vorgeschlagene Neufassung des § 284 ZPO, wonach künftig in Abweichung von den Regeln des Strengbeweises bezüglich einzelner Beweiserhebungen im Einverständnis der Parteien der Freibeweis angewandt werden kann.

IV. Der Gang des Gesetzgebungsverfahrens

Der Bundesrat hat im Juli 2003 zum Regierungsentwurf eines Justizmodernisierungsgesetzes Stellung genommen. Zu dieser Stellungnahme des Bundesrates hat sich die Bundesregierung im September 2003 geäußert. Die erste Lesung des Regierungsentwurfes im Bundestag fand am 25. 9. 2003 statt. Zusammen mit dem Bundesratsentwurf eines Justizbeschleunigungsgesetzes wird der Regierungsentwurf eines Justizmodernisierungsgesetzes Gegenstand der Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages und einer Sachverständigenanhörung im November 2003 sein. Ein In-Kraft-Treten des Entwurfs zu einem frühestmöglichen Zeitpunkt im Jahre 2004 ist angestrebt.

Staatssekretär Dr. Jürgen Oehlerking, Ministerium der Justiz, Hannover

Die Neuregelungen des Beweisrechts im geplanten Justizbeschleunigungsgesetz

I. Einführung

Der vom Bundesrat eingebrachte Entwurf eines Justizbeschleunigungsgesetzes¹ und der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Justizmodernisierungsgesetzes² stimmen in einem wesentlichen Ziel überein: Mit beiden Entwürfen soll die Effizienz des Zivil- und Strafprozesses gesteigert werden, ohne rechtsstaatliche Standards zu beeinträchtigen.

Ich möchte anhand der vom Bundesrat in seinem Entwurf für ein Justizbeschleunigungsgesetz vorgeschlagenen Änderungen des Beweisrechts deutlich machen, dass Effizienz und Rechtsstaatlichkeit keinen Gegensatz bilden, sich insbesondere nicht ausschließen, sondern durchaus eine sinnvolle, sowohl den Interessen der Verfahrensbeteiligten als auch denen der Justiz Rechnung tragende Symbiose miteinander eingehen können.

II. Verwertung strafprozessualer Erkenntnisse im Zivilprozess

Wenden wir uns zunächst der Zivilprozessordnung zu. Ein wichtiges Anliegen des Justizbeschleunigungsgesetzes, aber auch des Justizmodernisierungsgesetzes ist die bessere Verwertung strafprozessualer Erkenntnisse im Zivilprozess und in den Verfahren der Fachgerichtsbarkeiten. Ich begrüße es sehr, dass Bundesrat und Bundesregierung in dieser Zielsetzung übereinstimmen, wenn auch in ihren Gesetzentwürfen unterschiedliche Wege beschritten werden. Während der Entwurf des Bundesrates die Einführung einer begrenzten Bindungswirkung entscheidungstragender Feststellungen eines Strafurteils für nachfolgende Zivilprozesse vorsieht³, schlägt die Bundesregierung in ihrem Entwurf eine neue Beweisregel für rechtskräftige Strafurteile vor; derartige Urteile sollen vollen Beweis für die darin für erwiesen erachteten Feststellungen entfalten⁴. Welchem dieser Lösungsansätze der Vorzug zu geben

ist, wird letztlich der Gesetzgeber zu entscheiden haben. Ich hoffe, dass die Ergebnisse unserer heutigen Diskussion dazu beitragen können, ihm die Entscheidung zu erleichtern.

Das geltende Recht ist jedenfalls unbefriedigend. Urteile in Strafsachen können vom Zivilgericht zwar im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden; sie sind öffentliche Urkunden i. S. der §§ 415, 417 ZPO, denen jedoch nur eine formelle Beweiskraft zukommt.

Ihr Inhalt ist als unstreitig zu behandeln, denn dass dieses oder jenes in den Akten enthalten ist und geschrieben steht, ist dem Augenschein zugänglich und daher immer zu klären. Eine materielle Beweiskraft kommt ihnen nicht zu; ist die inhaltliche Richtigkeit streitig, hat der Zivilrichter hierüber nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu entscheiden.

Folge dieser Regelung ist, dass die Parteien des Zivilprozesses anstelle der Verwertung von Strafurteilen im Wege des Urkundenbeweises eine unmittelbare Beweisaufnahme durch das Zivilgericht verlangen können. In der Regel wird in derartigen Fällen die vom Strafgericht durchgeführte Beweisaufnahme wiederholt und gewürdigt werden müssen. Der Zivilrichter ist danach nicht gehindert, anders zu entscheiden als in einem Strafurteil rechtskräftig festgestellt. Es dient aber weder dem Rechtsfrieden noch der Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen durch das rechtsuchende Publikum, wenn vom Strafgericht festgestellte Tatsachen vom Zivilgericht wieder in Zweifel gezogen werden können.

Der Gesetzentwurf des Bundesrates will dem abhelfen. In einem neuen Abs. 3 des § 286 ZPO soll bestimmt werden, dass das Zivilgericht an tatsächliche Feststellun-

1) BT-Dr 15/1491.

2) BT-Dr 15/1508.

3) BT-Dr 15/1491, Art. 1 Nr. 1 (§ 286 III ZPO – E).

4) BT-Dr 15/1508, Art. 1 Nr. 15 (§ 415 a ZPO – E).

gen eines rechtskräftigen Strafurteils, auf denen dieses beruht, gebunden ist, wenn der Grund des Anspruchs aus demselben Sachverhalt hergeleitet wird. Dadurch wird vermieden, dass zwei Gerichte über dieselben Tatsachen Beweis erheben müssen. Der Wegfall einer zweiten Beweisaufnahme dient der Prozessökonomie; er entlastet die Zivilgerichte von der erneuten Vernehmung der im Strafverfahren vernommenen Zeugen und erspart richterliche Arbeitskraft. Er dient aber auch den Interessen der durch eine Straftat geschädigten Partei, der die Beweisführung im Schadensersatzprozess erleichtert wird. Er kommt darüber hinaus den Parteien insgesamt zugute, weil der Zivilprozess zügiger und kostengünstiger durchgeführt werden kann.

Eine Einschränkung oder gar ein Abbau rechtsstaatlicher Standards ist mit der Bindungswirkung nicht verbunden. Den Kritikern dieser Regelung⁵ ist einzuräumen, dass die Bindung des Zivilgerichts an Feststellungen des Strafgerichts dem deutschen Verfahrensrecht grundsätzlich fremd ist. Im gemeinen deutschen Prozess hat eine solche Bindungswirkung niemals gegolten⁶. Auch der historische Gesetzgeber der Zivilprozessordnung von 1877 hat eine derartige Bindung, wie sie seinerzeit etwa in Sachsen bestand, nicht statuiert. Im Rahmen der damaligen Beratungen des Entwurfs der CPO ist allerdings die Frage erörtert worden, ob die französische Doktrin, nach der eine verurteilende strafgerichtliche Erkenntnis für den Zivilprozess den Tatbestand und die Täterschaft endgültig feststelle, in das deutsche Recht übernommen werden sollte⁷. Da sich jedoch u. a. das Preußische Obertribunal, der siebente deutsche Juristentag und auch die hannoversche Prozesskommission gegen eine solche Regelung ausgesprochen hatten⁸, ist von der Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Zivilprozessordnung abgesehen und dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung der Vorzug gegeben worden. Demgemäß bestimmt § 14 II Nr. 1 des am 1. Oktober 1879 zusammen mit der ZPO in Kraft getretenen Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, dass landesrechtliche Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Zivilrichter außer Kraft treten. Bei diesem Rechtszustand ist es bis zum heutigen Tage geblieben.

Gleichwohl ist eine Bindungswirkung an tatsächliche Feststellungen rechtskräftiger Strafurteile dem deutschen Recht nicht gänzlich fremd. So bestimmen etwa § 57 I BDisZG und § 118 III 3 der Bundesrechtsanwaltsordnung, dass das Verwaltungsgericht bzw. das Anwaltsgericht an die tatsächlichen Feststellungen des Urteils im Strafverfahren gebunden sind.

Durch den Vorschlag des Bundesrates werden die Rechte der am Zivilprozess beteiligten Parteien uneingeschränkt gewahrt. Dabei ist zum einen darauf hinzuweisen, dass dem Strafgericht mit der Strafprozessordnung ein Verfahrensrecht zur Verfügung steht, das in ganz besonderem Maße auf die Erforschung der materiellen Wahrheit und auf die Wahrung der Rechte des Angeklagten ausgerichtet ist. Den in diesem Verfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen kommt deshalb eine hohe Richtigkeitsgewähr zu.

Zum anderen gilt die vorgeschlagene Bindung des Zivilgerichts nicht ohne Einschränkungen. Sie findet nämlich keine Anwendung, soweit, wie es in Satz 2 des neuen § 286 III ZPO heißt, „das Gericht Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellungen hat oder soweit Rechtsgründe eine abweichende Beweiswürdigung oder eine erneute Beweiserhebung gebieten“.

Danach ist die Bindungswirkung auf vom Strafgericht für erwiesen erachtete Feststellungen beschränkt; Feststel-

lungen, die nach dem Grundsatz in dubio pro reo getroffen oder als wahr unterstellt worden sind, scheiden als Grundlage eines zivilgerichtlichen Urteils aus. Dem am Zivilprozess beteiligten früheren Angeklagten des Strafverfahrens steht darüber hinaus die Möglichkeit offen, konkrete Anhaltspunkte zu bezeichnen, die zu Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der strafgerichtlichen Feststellungen Anlass geben. Macht sich das Gericht diese Zweifel zu eigen, so entfällt die Bindungswirkung. Schließlich wird auch die Partei geschützt, die am vorangegangenen Strafverfahren nicht beteiligt war, z. B. weil die Voraussetzungen einer Nebenklage nicht vorlagen. Da sie im Strafprozess von ihrem Fragerecht keinen Gebrauch machen konnte, wird zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme eine erneute Beweisaufnahme durchzuführen sein. Hierin liegt auch das Hauptargument gegen den von der Bundesregierung im Justizmodernisierungsgesetz gewählten Weg einer neuen Beweisregel für rechtskräftige Strafurteile. Der Bundesrat hat insoweit in seiner Stellungnahme⁹ im Hinblick auf das Grundrecht der Prozessbeteiligten auf rechtliches Gehör und den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu Recht verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.

III. Die strafprozessualen Regelungen im Justizbeschleunigungsgesetz

Der Entwurf enthält drei Neuregelungen zum Beweisrecht, und zwar zu § 256 StPO, zu § 251 StPO und zu § 244 StPO.

1. Verlesung von Erklärungen in der Hauptverhandlung

Mit der Neufassung des § 256 StPO wird eine längst überfällige Anpassung der Rechtslage an tatsächliche Entwicklungen vorgenommen. Aus § 256 StPO ergibt sich, welche Erklärungen von Sachverständigen oder Zeugen in Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes aus § 250 StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden können. Diese Regelung soll ausgedehnt werden auf Erklärungen von Sachverständigen, die für die Erstellung von Gutachten der betreffenden Art allgemein vereidigt sind, und auf Protokolle und Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand haben.

Dieser Regelungsvorschlag in Art. 2 Nr. 24 des Entwurfs für ein Justizbeschleunigungsgesetz ist inhaltlich identisch mit dem entsprechenden Regelungsvorschlag in Art. 3 Nr. 13 des Entwurfs für ein Justizmodernisierungsgesetz. Er orientiert sich sprachlich an der bisherigen Gesetzesfassung, die Formulierung im Justizmodernisierungsgesetz enthält gleichzeitig eine Neuformulierung des bisherigen § 256 I StPO.

Beide Entwürfe tragen der heutigen hohen fachlichen Qualität vereidigter Sachverständiger Rechnung, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, ihre Gutachten (in § 256 StPO) den Behördengutachten gleich zu stellen.¹⁰

Auch im Hinblick auf Aussagen von Angehörigen der Strafverfolgungsbehörden zu einzelnen Ermittlungshandlungen wird die Gesetzeslage den modernen Entwicklungen angepasst. Er-

5) Vgl. z. B. Huber, ZRP 2003, S. 268 (271 f.).

6) Seuffert, ZPO, 1. Aufl. (1879), § 14 EGZPO Rdnr. 1.

7) Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben, 1880, S. 280 ff., 1087 ff.

8) Nachw. bei Hahn, (o. Fußn. 7), S. 280.

9) BT-Dr 15/1508, Seite 39 f.

10) Vgl. die Begr. der Gesetzentwürfe zu den jew. Regelungsvorschlägen, BT-Dr 15/1509, S. 26 und BT-Dr 15/1491, S. 23.

mittlungshandlungen wie Beschlagnahmen, Spurensicherungen, Durchführungen einer Festnahme, Sicherstellungen und Hausdurchsuchungen gehören zu den Routinevorgängen der Strafverfolgungsbehörden. Es muss deshalb ausreichen, in den Ermittlungsakten dazu niedergelegte Angaben der verantwortlichen Beamten als Urkundenbeweis in die Hauptverhandlung einzuführen und dort zu verlesen, statt die Beamten persönlich als Zeugen zu vernehmen. Diese können erfahrungsgemäß ohnehin in der Regel kaum mehr bekunden als das, was in ihren Protokollen und Vermerken bereits schriftlich niedergelegt ist¹¹.

2. Verlesung von Protokollen in der Hauptverhandlung

Im Justizbeschleunigungsgesetz ist eine Änderung des § 251 StPO vorgesehen, die eine Beschleunigung der Hauptverhandlung bewirken wird, ohne dass zugleich unvertretbar in Beschuldigtenrechte eingegriffen wird.

In § 251 StPO ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten durch die Verlesung der Niederschrift über eine frühere Vernehmung ersetzt werden darf. Nach dem geplanten Justizbeschleunigungsgesetz sollen auch Niederschriften oder sonstige richterliche Vernehmungen verlesen werden dürfen, soweit sie das Vorliegen oder die Höhe des Vermögensschadens betreffen. Dieser Vorschlag ist inhaltsgleich auch im Entwurf für das Justizmodernisierungsgesetz enthalten. Er entstammt dem Entwurf des Bundesrates für ein Zweites Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (BT-Dr 13/4541) und dient sowohl dem Opferschutz als auch der Verfahrensbeschleunigung.

Im Gegensatz zum Justizmodernisierungsgesetz enthält das Justizbeschleunigungsgesetz jedoch darüber hinaus zwei weitere Regelungen, mit denen die Verfahren beschleunigt werden können, ohne dass zugleich unvertretbar in Beschuldigtenrechte eingegriffen würde:

Zum einen soll dann, wenn die Verlesung im allseitigen Einverständnis erfolgt ist oder wenn die richterliche Vernehmung nur einen Vermögensschaden betraf, die Verlesung durch Verfügung des Vorsitzenden angeordnet werden können, ohne dass es eines Gerichtsbeschlusses bedarf. Dies führt zu einer Verfahrensbeschleunigung und greift nicht in Rechte des Beschuldigten ein, da dieser auch weiterhin nach § 238 II StPO einen Gerichtsbeschluss herbeiführen kann.

Zum anderen sollen staatsanwaltschaftliche Vernehmungen, die wie richterliche protokolliert worden sind und bei denen ein Verteidiger anwesend war, wie richterliche Protokolle verlesbar sein. Dadurch werden die Ermittlungsrichter entlastet, denn sie müssen nicht mehr nur zum Zweck der Herstellung eines verlesbaren Protokolls mit der Sache befasst werden. Zugleich tritt ein Beschleunigungseffekt in der Hauptverhandlung ein, da mit der Gleichstellung die Anzahl der verlesbaren Protokolle steigen wird.

3. Ablehnung eines Beweisantrags

Lassen Sie mich abschließend zum dritten Änderungstatbestand im Justizbeschleunigungsgesetz kommen. Nach der vorgesehenen Änderung des § 244 StPO soll die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht unter erleichterten Voraussetzungen, nämlich nach der freien Würdigung des Gerichts, möglich sein.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 244 III StPO kann gegenwärtig ein Beweisantrag nur dann wegen Prozessverschleppungsabsicht abgelehnt werden, wenn das Gericht der Überzeugung ist, dass die Beweiserhebung nichts zu Gunsten des Antragstellers ergeben wird und der Antrag bewusst ausschließlich zur Verzögerung der Hauptverhandlung gestellt worden ist¹². Dabei müssen die für und gegen die Verschleppungsabsicht sprechenden Umstände für jeden Beweisantrag und für jede

Beweisfrage einzeln gegeneinander abgewogen werden¹³. Diese Anforderungen an die Begründung eines tatrichterlichen Ablehnungsbeschlusses sind zu streng. Ob ein Antrag zum Zweck der Prozessverschleppung gestellt wird, kann nur das Tatgericht nach Würdigung aller Umstände aus der aktuellen Prozesslage heraus wirklich beurteilen. Dabei muss es seine Entscheidung – ähnlich wie bei der Beweiswürdigung nach § 261 StPO – nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung treffen können. Das Justizbeschleunigungsgesetz sieht deshalb vor, die revisionsgerichtliche Kontrolle auf die Prüfung zu beschränken, ob der Tatrichter rechtlich einwandfrei zu seiner Überzeugung gelangt ist.

Diese Einschränkung ist sachlich geboten. Die restriktive höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 244 III StPO stellt Anforderungen an die Begründung der Ablehnung, die der Tatrichter in der Praxis nur sehr selten erfüllen kann. Dadurch läuft dieser Ablehnungsgrund faktisch leer¹⁴. Die Anwendung dürfte durch die Neufassung erheblich erleichtert werden. Dies ist auch dringend notwendig: Zwar sind nach dem Gutachten von *Dölling* und *Feltes* nur in 5,9% der Verfahren fünf und mehr Beweisanträge zu verzeichnen¹⁵. Es sind jedoch gerade diese Verfahren, die äußerst langwierig sind und sich gelegentlich sogar über Jahre erstrecken. Beispielhaft sei hier ein Verfahren vor dem *LG Hildesheim* zu nennen, in dem durch insgesamt 6 Pflichtverteidiger in einer über 180 Verhandlungstage andauernden Hauptverhandlung trotz überschaubarer Sach- und Rechtslage insgesamt etwa 600 Anträge gestellt wurden, wobei es sich allerdings nicht ausnahmslos um Beweisanträge gehandelt hat¹⁶. In einem Betrugsverfahren vor dem *LG Dortmund*, das im Jahre 1988 begonnen wurde, sind insgesamt sogar etwa 9000 Beweisanträge gestellt worden¹⁷. Auch in der Untersuchung von *Dölling* und *Feltes* ist ein Verfahren erfasst, in dem immerhin 105 Beweisanträge gestellt worden sind¹⁸. Vor diesem Hintergrund ist für mich die Schlussfolgerung der ehemaligen Bundesjustizministerin *Däubler-Gmelin* nicht mehr nachvollziehbar, nach der Untersuchung von *Dölling/Feltes* bestehe im Bereich des Beweisantragsrechts kein Handlungsbedarf und es sei vielmehr ein Ausbau der Rechte der Verteidigung erforderlich¹⁹. „Eine ausschließlich statistische Betrachtungsweise negiert dieses Problem“, wie Bundesanwalt *Senge* erst letztes Jahr zutreffend festgestellt hat²⁰. Und man muss bei einer statistischen Betrachtungsweise die Dimensionen zurechtrücken: Eine Kammer, die wegen einer Konfliktverteidigung die Hauptverhandlung nicht nach 20, sondern erst nach 180 Tagen abschließen kann, ist an 160 Verhandlungstagen ungerechtfertigt blockiert. Bei durchschnittlich 2,5 Hauptverhandlungstagen je Verfahren könnte die Kammer an diesen 160 Tagen 64 andere Verfahren abschließen.

11) Gollwitzer, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 25. Aufl. (2001), § 256 Rdnr. 3.

12) BGHSt 21, 118 = NJW 1966, 2174; BGHSt 29, 149 (151) = NJW 1980, 1533; BGH, NJW 1982, 2201; BGH, NStZ 1984, 230.

13) BGHSt 21, 118 = NJW 1966, 2174.

14) Herdegen, in: KK-StPO, 5. Aufl. (2003), § 244 Rdnr. 86; so auch das Gutachten von *Dölling/Feltes* u. a., Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten: Eine empirische Analyse zur Rechtswirklichkeit von Strafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Köln: Bundesanzeiger, 2000, S. 288, wonach der Ablehnungsgrund Prozessverschleppung nur in 4% der Fälle herangezogen wird.

15) *Dölling/Feltes* (o. Fußn. 14), S. 287, 131.

16) Zu dem Verfahren vgl. auch *Kintzi*, DRiZ 1994, 325.

17) BGHSt 38, 114 = NJW 1992, 1245.

18) *Dölling/Feltes* (o. Fußn. 14), S. 131.

19) *Däubler-Gmelin*, StV 2001, 359.

20) *Senge*, NStZ 2002, 225.

Zugleich lässt sich auch der Vorwurf nicht halten, dass durch die erleichterten Ablehnungsmöglichkeiten das Einfallstor für rasche und revisionsrechtlich kaum überprüfbare Ablehnungen missliebiger Beweisanträge geschaffen würde²¹. Es handelt sich doch nur um einen geringen Prozentsatz von Verfahren, in denen die neue Regelung den Gerichten eine neue Reaktionsmöglichkeit zur Verfahrensbeschleunigung verschaffen wird.

So hat die Untersuchung von Dölling und Feltes deutlich gezeigt, dass selbst in den untersuchten landgerichtlichen Verfahren in Ballungsgebieten in knapp 86% aller Verfahren von Verteidigung und Angeklagten kein oder höchstens ein Beweisantrag gestellt wurde²². Dies spricht dafür, dass in der weit überwiegenen Zahl der Fälle selbst an den Landgerichten in Ballungsgebieten ein nahezu vollständiges Einverständnis zwischen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Gericht über den Umfang der Beweisaufnahme besteht. Und auch in den verbleibenden zahlenmäßig sicherlich wenigen Fällen wird die revisionsrechtliche Prüfung durch die neue Formulierung nicht völlig ausgeschlossen, denn eine rechtliche Überprüfung der Entscheidung auf Ermessensfehler wird nach wie vor stattfinden. Wie gut dies funktioniert, zeigt die revisionsgerichtliche Rechtsprechung zu § 244 IV StPO. Hier heißt es, dass ein Beweisantrag auf Einnahme eines

Augenscheins oder auf Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden kann, sofern die Beweiserhebung „nach dem pflichtgemäßen Ermessen“ des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Auch dazu sind durch die Revisionsgerichte eindeutige und praktikable Kriterien aufgestellt worden, an denen sich die Ermessensentscheidung zu orientieren hat²³.

IV. Fazit

Die vorgesehenen Änderungen in der Zivilprozess- und in der Strafprozessordnung schaffen die Voraussetzungen für eine zügige und fundierte Entscheidungsfindung durch die Gerichte, ohne die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen und ohne die berechtigten rechtsstaatlichen Interessen der Bürger zu vernachlässigen.

21) Stellungnahme der BRAK zum Justizbeschleunigungsgesetz vom Juni 2003.

22) Dölling/Feltes (o. Fußn. 14), S. 131.

23) Vgl. dazu Herdegen, in: KK-StPO (o. Fußn. 14), § 244 Rd. nr. 85.

Dr. Christoph Knauer, München, und Professor Dr. Christian Wolf, Hannover*

Das neue Beweisrecht des Justizmodernisierungs- und des Justizbeschleunigungsgesetzes – ein Verstoß gegen die Prinzipien von ZPO und StPO?

I. Einleitung

Man muss in der Regel schon auf die ältere prozessrechtliche Literatur zurückgreifen, um auf Autorennamen¹ zu stoßen, die sowohl im Straf- als auch im Zivilprozessrecht publiziert haben. Zu weit haben sich die beiden Prozessrechtsdisziplinen auseinander entwickelt, als dass eine Pflege beider Rechtsgebiete noch möglich und sinnvoll erscheint. Roxin stellt daher in seinem Lehrbuch zum Strafverfahrensrecht auch knapp fest: „Eine Parallelisierung mit dem Zivilprozess muss daran scheitern, dass der Strafanspruch des Staates nicht mit dem Anspruch des Klägers im Zivilprozess verglichen werden kann“². Diese Bewertung wird sich vielleicht künftig ändern müssen, wenn die beiden nun in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Entwürfe eines Justizmodernisierungsgesetzes (JuMoG) der Bundesregierung³ und eines Justizbeschleunigungsgesetzes (JuBeG) der Bundesratsmehrheit⁴ Rechtswirklichkeit werden. Kernstück der beiden Entwürfe ist es, den Zivilrichter stärker an die Erkenntnisse des Strafprozesses zu binden. Dies soll – wenn gleich mit unterschiedlicher Regelungstechnik im Detail – mit folgenden drei Schritten erfolgen:

1. Eine erneute Einvernahme eines Zeugen soll durch die Verwertung der Niederschrift über eine richterliche Vernehmung in einem anderen Verfahren ersetzt werden (§ 374 ZPO JuMoG).

2. Gleiches soll für die gerichtlichen Sachverständigen-gutachten gelten, § 411 a ZPO JuMoG.

3. Der Zivilrichter soll an die in einem rechtskräftigen Strafurteil als erwiesen angesehenen Tatsachen gebunden sein, entweder über die Regeln der Beweiswürdigung, § 286 III ZPO JuBeG, oder über eine im Urkundenbeweis eingefügte Bestimmung über die Beweiskraft von Strafurteilen, § 415 a ZPO JuMoG.

Für beide Gesetzentwürfe spricht zunächst einmal eine große spontane Plausibilität. Ist in einem Strafverfahren etwas als richtig erkannt worden, liegt es doch nahe, dies im Zivilprozess zu übernehmen. Entspricht es nicht einem Gebot der Prozessökonomie über Tatsachen, über die längst Beweis – wenn auch in einem anderen Verfahren – erhoben wurde, nicht erneut Beweis zu erheben?

Die spontane Plausibilität entspringt unserer naturwissenschaftlich geprägten Vorstellungswelt. Die von dem Strafgericht richtig getroffenen Feststellungen würden in der Wiederholung der Beweisaufnahme durch das Zivilgericht wiederum zum gleichen Ergebnis führen, gleich einem physikalischen Experiment, welches unter denselben Versuchsbedingungen immer zu demselben Ergebnis führt. Dieses naturwissenschaftliche Bild ist aber schon deshalb falsch, weil die entsprechenden Versuchsbedingungen – unterschiedliches Beweismaß, unterschiedliches Zeugnisverweigerungsrecht, unterschiedliches Feststellungsinteresse im Straf- und Zivilprozess, um nur einige Beispiele zu nennen – so nicht bestehen.

Allerdings rührt die dem Justizmodernisierungs- und dem Justizbeschleunigungsgesetz zu Grunde liegende Vorstellung der Re-

* Der Verf. Knauer ist leitender Lektor im Verlag C. H. Beck, Schriftleiter der JuS sowie Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität München; der Verf. Wolf ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Internationales Zivilprozessrecht an der Universität Hannover sowie Richter am OLG Celle im Zweiten Hauptamt. Den Beitrag verantworten beide Verfasser gemeinsam. Im Rahmen des Symposiums wurde der erste Teil (I-IV) von Wolf, der zweite Teil (V-VII) von Knauer vorgetragen.

1) S. vor allem Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. (1906, mit Nachtrag von 1910); Stein/R. Schmidt, Aktenstücke zur Einführung in das Prozeßrecht, Strafprozeß, 4. Aufl. (1913).

2) Roxin, StrafverfahrensR, 25. Aufl. (1998), Einl. Rdnr. 11.

3) BT-Dr 15/1508.

4) BT-Dr 15/1491.

produktion der Prozessergebnisse des Strafprozesses im Zivilprozess auch an einem Eckpfeiler des prozessrechtlichen Denkens. Es hat zwar auch in den Rechtswissenschaften genügend Versuche gegeben, mit unterschiedlichen Erklärungsmodellen die Möglichkeit eines Fehlurteils zu leugnen⁵. Erinnert sei hier nur an Max Pagenstechers Lehre von der materiellen Rechtskraft. Ziel des Prozesses sei die Wahrheitserforschung. Daher wird wahr, was der Prozess als wahr deklariert⁶.

Ekkehard Schumann hat mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen, dass sich das Fehlurteil nicht nur aus der Rechtswirklichkeit, sondern auch aus der Dogmatik des Prozessurteils nicht verbannen lässt. Das Prozessrecht muss sich gerade auch darin bewähren, die Verbindlichkeit eines Fehlurteils erklären zu können. Der Schlüssel für diese Verbindlichkeit auch eines Fehlurteils in unserer Rechtsordnung, die Rechtskraft von Urteilen, rechtfertigt sich aus dem Ziel, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herzustellen⁷. Die Grundlage hierfür ist, wie im Einzelnen noch aufzuzeigen sein wird, ein faires, den Grundsatz der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs beachtendes Verfahren.

II. Das Justizmodernisierungsgesetz und das Justizbeschleunigungsgesetz – eine Diskussion des 19. Jahrhunderts?

1. Die Entstehungsgeschichte von § 14 II Nr. 1 EGZPO

Die Frage nach der Bindungswirkung des Strafurteils für den Zivilrichter gewann im 19. Jahrhundert an erheblicher Brisanz. Das römische Recht kannte keine starre Bindungswirkung des Zivilrichters an die Strafurteile⁸. Im gemeinen deutschen Zivilprozess stellte sich die Frage im Grunde nicht, weil sowohl der Strafprozess als auch der Zivilprozess auf einem rein schriftlichen Verfahren beruhte und daher dem Zivilrichter die schriftlichen Untersuchungsakten des Strafverfahrens vorgelegt werden konnten⁹. Erst als im Strafverfahren 1848 das Mündlichkeitsprinzip und die freie richterliche Beweiswürdigung eingeführt wurden, konnte das Strafurteil nicht mehr vollständig aus den Untersuchungsakten erschlossen werden. Damit stellte sich die Frage der Bindungswirkung der Strafurteile für die Zivilgerichte in einem neuen Licht¹⁰. Die Reaktion hierauf war zunächst höchst unterschiedlich¹¹. So sah z. B. die Hannöversche Strafprozeßordnung von 1850 vor, dass eine strafrechtliche Verurteilung zunächst den Beweis für die der strafrechtlichen Tat zu Grunde liegenden Handlung erbrachte, ließ aber im Zivilprozess, sehr ähnlich zu der Regelung in § 415 a ZPO JuMoG, den Gegenbeweis zu¹². Gleichfalls lediglich bindende Wirkung für den Fall einer strafrechtlichen Verurteilung, aber ohne die Möglichkeit eines Gegenbeweises, sah z. B. die bayerische Prozessordnung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten von 1869 vor¹³. Das preußische Obertribunal trat demgegenüber in einem Plenarbeschluss vom 15. 12. 1856 gegen eine Bindungswirkung der Strafurteile im Zivilprozess ein¹⁴.

Überließ der Hannöversche Entwurf einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten die Entscheidung über eine Bindungswirkung noch den Landesgesetzgebungen¹⁵, und sah der Preußische Entwurf einer Prozessordnung von 1864 eine solche Bindungswirkung für den Fall der strafrechtlichen Verurteilung vor, entschied sich der Gesetzgeber bei der ZPO dagegen und ordnete in Art. 14 II Nr. 1 EGZPO ausdrücklich die Aufhebung der eine Bindungswirkung anordnenden landesrechtlichen Bestimmungen an. Der Gesetzgeber der Reichs-Civilprozeßrechtsordnung hatte sich bei seiner Entscheidung, keine Bindungswirkung anzuordnen, sondern es der freien richterlichen Beweiswürdigung zu über-

lassen, in welchem Umfang der Richter den tatsächlichen Feststellungen des Strafverfahrens folgen will, maßgeblich von dem für den 7. Deutschen Juristentag von J. W. Planck erstatteten Gutachten leiten lassen¹⁶. Damit wurde einer Empfehlung des 7. Deutschen Juristentags entsprochen¹⁷.

Die Befürworter der Bindungswirkung konnten sich folglich nicht durchsetzen. Diese stützten ihren Standpunkt im Wesentlichen auf drei Argumente:

1. Das Strafverfahren ist dem Zivilprozess überlegen, le criminel emporte le civil¹⁸.

2. Die Rechtskraft des Strafurteils wirkt im Sinne der res judicata auch im Zivilprozess, der Beschädigte wird im Strafprozess durch den Staatsanwalt vertreten. Der Staatsanwalt ist Mandator der bürgerlichen Gesellschaft¹⁹.

3. Die Staatsgewalt dürfe sich nicht, so die etatistische Begründung, in Widersprüche verwickeln lassen, indem das Zivilurteil von der Entscheidung im Strafurteil abweicht. Folglich müsse daher die geringere Sache, das Zivilverfahren, der Bedeutenderen, der Strafsache, folgen²⁰.

Planck trat dieser Argumentation bereits mit dem Hinweis auf die Möglichkeit eines Fehlurteils entgegen. Dritte dürften an die fehlerhafte Prozessführung anderer nicht gebunden werden²¹. Auch bestünde die Möglichkeit, dass die Partei des Zivilprozesses über Informationen verfüge,

5) Vgl. hierzu ausführlich Schumann, in: Festschr. f. Bötticher, 1969, S. 289 ff.

6) Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, S. 305.

7) Schumann, in: Festschr. f. Bötticher (o. Fußn. 5), S. 319.

8) Kaser/Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. (1996), S. 381; Zur Diskussion der Frage im 19. Jahrhundert: Schäffer, Ueber den Einfluss des Criminalurtheils auf den Civilpunkt, AcP 37 (1854), S. 1 ff.; Zimmermann, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 1853, S. 55, 56 ff.; J. W. Planck, Gutachten, in: Verhandlungen des 7. deutschen Juristentags, Bd. I (1868), S. 3, 5 ff.

9) Planck, Gutachten (o. Fußn. 8), S. 10 f.

10) Gaul, in: Festschr. f. Fasching, 1988, S. 157, 159; Seuffert, Referat, in: Verhandlungen des 7. deutschen Juristentags Bd. II (1869), S. 164, 168 f.; Planck (o. Fußn. 8), S. 11; Herrmann, Zur Bindung des Zivilrichters an Strafurteile in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Diss. Bonn, 1985, S. 69 f.

11) Hierzu Gaul, in: Festschr. f. Fasching (o. Fußn. 10), S. 157 ff.

12) § 46 der Hannöverschen StPO vom 8. 11. 1850 lautet: „Einfluß der strafrichterlichen Entscheidung auf das Zivilverfahren: Wird durch rechtskräftiges Strafurtheil der Beschuldigte einer Handlung (Unterlassung) schuldig erkannt, so gilt das Dasein dieser Handlung auch für das abgesonderte Zivilverfahren bis zum Gegenbeweise für erwiesen. Das etwaige Erkenntnis des Strafrichters über die Strafrechtswidrigkeit und deren Folgen bindet jedoch den Zivilrichter nicht hinsichtlich seines Urtheils über die in der Handlung liegende Privatrechtsverletzung und deren Folgen.“

13) Art. 323 der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern lautet: „Thatsachen, wegen deren Jemand durch rechtskräftiges Urtheil eines inländischen Strafgerichts für schuldig erkannt wurde, haben auch vor den bürgerlichen Gerichten als erwiesen zu gelten und hiergegen ist keine Beweisführung weiter zulässig.“

14) GAV S. 344 ff.

15) § 308 des Entwurfs einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten von 1866 lautet: „Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, zu bestimmen, dass Thatsachen, wegen welcher eine Person durch ein in demselben Staate ergangenes rechtskräftiges Straf-Erkennntnis verurtheilt worden ist, auch in dem gegen den Verurtheilten anhängig gemachten bürgerlichen Rechtsstreit unter Ausschluss des Gegenbeweises als erwiesen anzusetzen seien, sofern nicht das Straf-Erkennntnis beim Ausbleiben des Angeschuldigten erlassen worden ist.“

16) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2, Abt. 1, 2. Aufl. (1881), S. 280.

17) Verhandlungen des 7. Deutschen Juristentags, Bd. II (o. Fußn. 10), S. 242 ff.

18) Zimmermann (o. Fußn. 8), S. 66.

19) Zimmermann (o. Fußn. 8), S. 65.

20) Zimmermann (o. Fußn. 8), S. 67.

21) Planck (o. Fußn. 8), S. 18.

welche den Parteien des Strafprozesses nicht zugänglich gewesen seien²². Schließlich würde eine solche Bindungswirkung, soweit das Strafurteil auch gegen Dritte wirke, gegen den das Vertrauen in die Rechtspflege absichernden Fundamentalsatz jeder Prozessordnung verstoßen, dass niemand ungehört verurteilt werden dürfe²³. Auch ließe sich für eine Bindungswirkung des Strafurteils nicht ein behaupteter höherer Wahrheitsgehalt des Strafurteils anführen. Zwar sei der Strafrichter der materiellen Wahrheit verpflichtet und teilweise mit anderen Mitteln ausgerüstet als der Zivilrichter, jedoch könne hieraus nicht gefolgert werden, dass die Wahrheit stets erreicht würde²⁴. Zu beachten sei dabei auch das unterschiedliche Erkenntnisinteresse von Straf- und Zivilrichter, z. B. beim Wert der gestohlenen Sache²⁵.

2. Die Entwicklung in Österreich

Anders verlief die Rechtsentwicklung zunächst in Österreich. Zwar wollte man auch dort ursprünglich im österreichischen Zivilprozessrechtsentwurf von 1874 eine in Art. 14 II Nr. 1 EGZPO vergleichbare Lösung schaffen²⁶, jedoch folgte man in der österreichischen ZPO von 1895 dem Standpunkt, welcher *u. Liszt* in seinem Juristentagsgutachten einnahm, und ordnete in § 268 österr. ZPO eine Bindungswirkung an²⁷.

Im Gegensatz zu den nun für Deutschland vorgeschlagenen Regelungen entfaltete § 268 österr. ZPO nur im Falle der strafrechtlichen Verurteilung eine Bindungswirkung. Darüber hinaus war die Bindungswirkung auch sachlich gegenüber den nun in Aussicht genommenen Regelungen eingeschränkt. So war der österreichische Zivilrichter nicht an Feststellungen der Hilfs- und Illustrations-tatsachen gebunden, sondern nur an diejenigen, die den Beweis oder die Zurechnung der strafbaren Handlung betreffen²⁸. Gleichfalls bestand keine Bindungswirkung hinsichtlich der strafrichterlichen Feststellungen bezüglich des Mitverschuldens des Verletzten²⁹. Allerdings war die österreichische Regelung in einem Punkt deutlich restriktiver als die nun geplanten Vorschriften. Die Möglichkeit, im Zivilprozess den Gegenbeweis zu führen, sah die Bestimmung nämlich nicht vor.

Die Diskussion um die Verfassungskonformität der Vorschrift begann in Österreich mit dem Referat von *Fasching* auf dem 3. Österreichischen Juristentag 1967³⁰. *Fasching* betonte in diesem Gutachten noch, dass in § 268 österr. ZPO kein Verstoß gegen Art. 6 EMRK zu sehen sei, weil Art. 6 EMRK kein unbeschränktes Sachvorbringen zu jeder Tatsachenbehauptung garantiere³¹. Allerdings wurden bereits bei den Beratungen auf dem 3. Österreichischen Juristentag Bedenken gegen die Verfassungskonformität der Bestimmung erhoben³². *Fasching* schloss sich später der auch in der Literatur³³ geäußerten Ansicht an, dass § 268 österr. ZPO mit Art. 6 EMRK nicht vereinbar sei, soweit von der Bindungswirkung auch Dritte, die am Strafverfahren nicht beteiligt waren, erfasst sind. In ständiger Rechtsprechung hat der OGH jedoch eine einschränkende Auslegung von § 268 österr. ZPO abgelehnt³⁴.

Auf die Vorlage des OLG Innsbruck³⁵ hob schließlich der österreichische Verfassungsgerichtshof § 268 österr. ZPO als verfassungswidrig auf³⁶. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Dass eine solche Regelung in offenkundigem Widerspruch zu dem in Art. 6 I (E)MRK jedermann gewährleisteten Recht steht, von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gehört zu werden, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden hat, bedarf keiner näheren Begründung.“ Eine einschränkende Auslegung der Bestimmung, so dass § 268 österr. ZPO nur noch eine Bindungswirkung gegen den Verurteilten entfaltet, hielt der österreichische Verfassungsgerichtshof für nicht möglich.

Nachzutragen ist noch die neuere Entwicklung in Österreich. § 268 österr. ZPO wurde ursprünglich rein beweisrechtlich verstanden³⁷. Allerdings unternahm *Nowakowski* 1948 bereits den Versuch, die Bindungswirkung aus dem Institut der Rechtskraft heraus zu erklären. Das Strafurteil würde auch hinsichtlich der Tat in materieller Rechtskraft erwachsen. Diese wirke zwar nur im Rechtskreis des Verurteilten, daher weniger weit als die absolute Rechtskraft, aber gegenüber jedermann, daher weiter als die relative. Daher könne man die Rechtskraft als persönlich-absolute Rechtskraft bezeichnen³⁸. Im Anschluss an *Nowakowski* entschied der verstärkte Senat des OGH³⁹, dass, soweit die materielle Rechtskraft der strafrechtlichen Verurteilung wirke, sich der Verurteilte in einem nachfolgenden Rechtsstreit nicht darauf berufen könne, die Tat, deretwegen er verurteilt wurde, nicht begangen zu haben. Hierbei komme es nicht darauf an, ob der jetzige Prozessgegner des Verurteilten am Strafverfahren beteiligt war⁴⁰. Insbesondere *Rechberger* wandte gegen die Entscheidung ein, dass Tatsachenfeststellungen zwar wahr oder unwahr sein könnten, nicht jedoch rechtskräftig⁴¹. Auch müsse man dem Beschuldigten bzw. Beklagten legitimerweise zugestehen, sich auf den unterschiedlichen Zweck von Strafverfahren und Zivilprozess einzustellen⁴².

III. Die Begrenzung der Wirkungen der Streitverkündung durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs

Im Zivilprozessrecht besteht seit jeher die Möglichkeit, eine am Prozess nicht beteiligte Partei an die Ergebnisse des Prozesses zu binden: die Nebenintervention und die Streitverkündung⁴³. Soweit einem Dritten der Streit verkündet wurde, kann dieser dem Rechtsstreit (Hauptprozess) beitreten. Unabhängig davon, ob der Dritte dem Hauptprozess beitrifft oder nicht, wird er im Zweitprozess

22) *Planck* (o. Fußn. 8), S. 18.

23) *Planck* (o. Fußn. 8), S. 18.

24) *Planck* (o. Fußn. 8), S. 21, 30.

25) *Planck* (o. Fußn. 8), S. 20 f.

26) *Fasching*, Komm. zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. III, (1966), § 268 Rdnr. 1.

27) § 268 österr. ZPO: „Wenn die Entscheidung von dem Beweis und der Zurechnung einer strafbaren Handlung abhängt, ist der Richter an den Inhalt eines hierüber ergangenen rechtskräftigen verurteilenden Erkenntnisses des Strafgerichts gebunden.“

28) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen ZivilprozessR, 2. Aufl., (1990), Rdnr. 861.

29) *Fasching* (o. Fußn. 28), Rdnr. 862.

30) *Fasching*, Die Grenzen der Bindung des Zivilgerichts an Erkenntnisse des Strafgerichts, 3. ÖJT (1967), Bd. 1, S. 1 ff.

31) *Fasching* (o. Fußn. 30), S. 35.

32) Verhandlungen des 3. ÖJT, Bd. II (1967), S. 79 ff.

33) *Sperl*, ÖJZ 1971, 200; *Bauerreiss*, ZVR 1974, 65.

34) Z.B. OGH, EvBl 1982, 164; z. w. Nachw. Fink, ZVR 1989, 321 (322).

35) Zum Vorlagebeschluss: *Fink*, ZVR 1989, 321 (324).

36) VfGH, JBl 1991, 104.

37) *Rechberger*, in: Festschr. f. Gaul, 1997, S. 538, 541.

38) *Nowakowski*, ÖJZ 1948, 546 (550).

39) Allgemein zum verstärkten Senat *Feldner*, Verstärkte Senate beim Obersten Gerichtshof, 2001, S. 41 ff.

40) OGH JBl 1996, 117, vgl. hierzu *Feldner* (o. Fußn. 39), S. 185 ff. Zwischenzeitlich bemühen sich die unterschiedlichen Senate des OGH, die Bindungswirkung der Strafurteile durch Bereichsausnahmen – z. B. dem Kraftfahrzeughaftpflichtrecht (OGH, ecolex 1998, 759 [760] m. Anm. *Oberhammer*) – wieder einzuschränken. Gleichzeitig wurde aber die Bindungswirkung ausländischer Strafurteile bejaht (OGH, ecolex 1998, 909 [910] m. Anm. *Oberhammer*).

41) *Rechberger*, in: Festschr. f. Gaul (o. Fußn. 37), S. 549.

42) *Rechberger*, in: Festschr. f. Gaul (o. Fußn. 37), S. 549. Für eine Aufhebung der neuerlichen Bindungswirkung auch *Fasching*, in: Festschr. f. Schumann, 2001, S. 83, 88.

43) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZivilprozeßR, 15. Aufl. (1993), S. 268 ff.

– also dem nachfolgenden Prozess zwischen dem Dritten und der Hauptpartei – in dem von § 68 ZPO festgelegten Umfang nicht mehr mit dem Argument gehört, der Erstprozess sei falsch entschieden worden⁴⁴. Die Bindungswirkung im Folgeprozess rechtfertigt sich aus seinen Mitwirkungsmöglichkeiten im Erstprozess. Sie kann daher nur soweit reichen, wie die Einflussmöglichkeiten des Dritten im Hauptprozess bestanden⁴⁵. Der Funktionszusammenhang zwischen Einflussmöglichkeit einerseits und Bindungswirkung andererseits wird durch eine Reihe von einfachgesetzlichen Vorschriften der ZPO abgesichert. Zwar muss der Nebenintervenient den Hauptprozess in der Phase annehmen, in der er sich zum Zeitpunkt seines Beitritts befindet, § 67 ZPO. Jedoch schränkt § 68 Halbs. 2 ZPO die Bindungswirkung wiederum ein. Soweit der Nebenintervenient auf Grund des Zeitpunkts seines Beitritts die Feststellungen nicht mehr beeinflussen könnte, entfaltet § 68 ZPO keine Bindungswirkung für den Folgeprozess⁴⁶. Neben der sich aus dem Zeitpunkt der Nebenintervention bzw. der Streitverkündung (§ 74 III ZPO) ergebenden Beschränkungen unterliegt der Dritte noch weiteren Restriktionen im Hauptprozess. Da er dem Prozess nur zur Unterstützung der Hauptpartei beitreten darf (§ 66 ZPO), sind ihm solche Prozesshandlungen untersagt, die dem Interesse der Hauptpartei im Erstprozess zuwiderlaufen. Dies gilt auch, wenn sie für die Rechtsposition des Nebenintervenienten im Zweitprozess notwendig oder nützlich sind⁴⁷. Des Weiteren darf sich der Nebenintervenient mit seinen Erklärungen und Handlungen nicht in Widerspruch zu Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei setzen, § 67 ZPO⁴⁸. Insbesondere die Frage, welche Einschränkungen sich für die Bindungswirkung im Zweitprozess aus dem Gebot ergeben, dass sich der Dritte im Hauptprozess nicht in Widerspruch zu den Interessen der Hauptpartei setzen darf, ist umstritten⁴⁹. Weitgehende Einigkeit jedoch herrscht darüber, dass Auslegungsrichtlinie für das einfache Gesetzesrecht der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör sein muss⁵⁰.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist sowohl im Rechtsstaatsprinzip als auch in Art. 1 GG, der Würde des Menschen, verankert⁵¹. Das rechtliche Gehör ist nicht nur eine Funktionsbedingung einer richtigen Entscheidung, sondern muss auch gewährt werden, weil es die Würde der Person verbietet, dass über ihre Rechte kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt wird⁵². Der Einzelne soll nicht lediglich Objekt des gerichtlichen Verfahrens sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können⁵³. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere, sich zum Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern, Anträge zu stellen, Tatsachenbehauptungen aufzustellen und Beweis hierfür anzubieten etc.⁵⁴. Nur soweit für den Streitverkündeten bzw. Nebenintervenienten die Möglichkeit des rechtlichen Gehörs im Hauptprozess bestand, kann daher die Bindungswirkung des § 68 ZPO greifen⁵⁵.

Als erstes Zwischenresultat lässt sich folglich festhalten: Die Zivilprozessordnung kennt bereits die Möglichkeit, den tatsächlichen und/oder rechtlichen Feststellungen eines Verfahrens bindende Wirkung für einen Zweitprozess zukommen zu lassen, nämlich das Institut der Streitverkündung und der Nebenintervention. Die Wirkungen werden aber durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs beschränkt. Nur soweit der Streitverkündete bzw. Nebenintervenient im Erstprozess die Möglichkeit hatte, seine Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, reicht die Bindungswirkung.

IV. Rechtfertigt das Strafverfahren eine Einführung der Bindungswirkung?

1. Der unterschiedliche Wahrheitsbegriff im Zivil- und Strafverfahren als Rechtfertigung?

Zunächst ist anzuerkennen, dass der Zivilprozess dem „Prinzip der formellen Wahrheit“ unterliegt, der Strafprozess dem Prinzip der materiellen Wahrheit⁵⁶. Dies ergibt sich für den Strafprozess aus dem Ermittlungsgrundsatz („Inquisitionsprinzip“), wonach das Gericht den Sachverhalt selbst ermittelt und dabei an Anträge und Erklärungen der Prozessparteien nicht gebunden ist, §§ 155 II und 244 II StPO. Im Zivilprozess herrscht hingegen die Dispositionsmaxime vor, so dass die Wahrheit immer nur auf Grund des Parteivortrags ermittelt werden kann. Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Ausprägungen des Wahrheitsprinzips in den beiden Prozessarten könnte man deshalb versucht sein, die Übertragung der Ergebnisse des Strafprozesses auf den Zivilprozess zuzustimmen, weil erstere „wahrer“ scheinen als die im zweiten Prozess gewonnenen. Das wäre aber zu einfach. Denn das Streben nach der materiellen Wahrheit ist auch im Strafprozess nur über die subjektive Komponente der richterlichen Überzeugungsbildung denkbar: „Wahr ist, wovon sich der Richter überzeugt hat“⁵⁷. Richterliche Überzeugung ist aber trotz des von der Rechtsprechung als Untergrenze festgelegten objektiven Kriteriums der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ stets mit dem Risiko der Fehlerhaftigkeit behaftet. Eine Feststellung darf zwar nicht getroffen werden, wenn es objektiv an der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ fehlt oder wenn subjektiv nicht die volle Überzeugung des Tatrichters vorliegt. Jedoch ist eben all diese Erkenntnis an die Persönlichkeit des Richters gebunden und damit notwendig relativ⁵⁸. Garantiert ist also auch im Strafprozess nicht die Gewissheit der objektiven Wahrheit, sondern lediglich das richterliche Streben hiernach. Dass dies auch der Gesetzgeber nicht verkannt hat, zeigt das Institut der Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO).

Neben den mit jeder richterlichen Entscheidung verbundenen Unsicherheiten kommt hinzu, dass die höhere Richtigkeit des Strafurteils bezüglich der zivilrechtlichen Entschädigungsansprüche trotz Ermittlungsgrundsatz im Strafverfahren keineswegs als sicher gelten kann. Der im Zivilprozess im Gegensatz zum strafprozessrechtlichen

44) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 268.

45) Nikisch, ZivilprozessR, 2. Aufl. (1952), S. 448.

46) Zöller/Vollkommer, ZPO, 23. Aufl. (2002), § 68 Rdnr. 11.

47) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 267.

48) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 266.

49) Wieczorek/Schütze/Mansel, ZPO, 3. Aufl. (1995), § 68 Rdnr. 117 ff. m. w. Nachw.

50) Ziegert, Die Interventionswirkung, 2003, S. 40; Wieczorek/Schütze/Mansel, (o. Fußn. 49), § 68 Rdnr. 4, 120; Zöller/Vollkommer (o. Fußn. 46), § 68 Rdnr. 11; Schilken, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. (2000), § 68 Rdnr. 19; Wieser, Streitverkündung im Verfahren zur Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft, FamRZ 971, 393.

51) BVerfGE 9, 89 (95) = NJW 1959, 427; BVerfGE 63, 332 (327) = NJW 1983, 1726; BVerfGE 84, 188 (190) = NJW 1991, 2823; BVerfGE 86, 133 (144) = NJW 1992, 2877; Sachs/Degenhart, GG, 2. Aufl. (1999), Art. 103 Rdnr. 2.

52) BVerfGE 9, 89 (95) = NJW 1959, 427.

53) BVerfGE 84, 188 (190) = NJW 1991, 2823.

54) Sachs/Degenhart (o. Fußn. 51), Art. 103 Rdnr. 15 ff.

55) Ziegert (o. Fußn. 50), S. 42 f.; Vgl. zum Zusammenspiel von Interventionswirkung und rechtem Gehör auch Rechberger/Oberhammer, ZZP 106 (1993), S. 347, 353 ff.

56) Vgl. Roxin (o. Fußn. 2), § 15 Rdnr. 2; Pfeiffer, in: KK-StPO, 5. Aufl. (2003), Einl. Rdnr. 7; Volk, StrafprozessR, 3. Aufl. (2002), § 29 Rdnr. 1.

57) Volk (o. Fußn. 56), Grundlegend dazu ders., Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, 1980.

58) Schmidt, in: KK-StPO (o. Fußn. 56), Vorb. § 359 Rdnr. 2.

Ermittlungsgrundsatz herrschende Dispositionsgrundsatz stellt die prozessrechtliche Verlängerung der Privatautonomie dar⁵⁹. Im materiellen (Zivil-)recht ist jedoch anerkannt, dass die Privatautonomie nicht nur auf dem Gedanken der Selbstbestimmung fußt, sondern auch die Richtigkeit gewährleistet⁶⁰. Da die Vertragsparteien jeweils ihren eigenen Egoismen folgen, wohnt dem Vertragsmechanismus in der Regel die Richtigkeitsgewähr inne, weil jede Partei versucht, ihre eigenen Interessen durchzusetzen und dabei durch die entgegengesetzten Interessen der anderen Partei korrigiert wird⁶¹. Übertragen auf das Prozessrecht bedeutet dies, dass der Egoismus der Parteien, wenn es um deren Interessen geht, häufig sogar besser in der Lage ist, die Wahrheit zu erforschen, als eine staatliche Untersuchung⁶².

Strafurteile sind damit nicht in irgendeiner Form „verlässlicher“ als Zivilurteile. Es ist daher noch einmal an die *Schumachersche* Bedeutung des Fehltrteils für die Prozessrechtsdogmatik zu erinnern⁶³. Die Bindungswirkung eines Strafurteils müsste auch für die Fälle erklärbar sein, in denen es sich um ein Fehltrteil handelt. Im Bereich der Streitverkündung wird dies durch die Mitwirkungsrechte im Erstprozess gewährleistet⁶⁴.

2. Nachträgliches rechtliches Gehör – eine ausreichende Legitimationsgrundlage?

Rechtfertigt sich die Bindungswirkung des Strafurteils also folglich nicht auf Grund seiner „höheren Richtigkeit“, stellt sich die Frage, ob es ausreichend ist, wenn die Partei des Zivilprozesses dort nachträglich rechtliches Gehör erhält, etwa vergleichbar dem einstweiligen Rechtsschutz⁶⁵. Allerdings erfordert der Grundsatz des rechtlichen Gehörs selbst im einstweiligen Rechtsschutz u. U. die Gewährung des Gehörs vor dem Erlass der einstweiligen Maßnahme. Ein Verzicht auf vorhergehende Anhörung rechtfertigt sich nur aus der für das einstweilige Rechtsschutzverfahren notwendigen Eilbedürftigkeit oder dem gebotenen Überraschungseffekt⁶⁶. D.h. auch im einstweiligen Rechtsschutz ist das rechtliche Gehör grundsätzlich vor der Entscheidung zu gewähren, es sei denn, der Verfahrenszweck lässt sich ansonsten nicht verwirklichen⁶⁷. Die nachträgliche Einräumung des rechtlichen Gehörs, etwa durch die Möglichkeit, die Entscheidung im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens anzufechten, kann dabei nicht das vor Erlass der Entscheidung gebotene Gehör ersetzen. Dies ergibt sich schon daraus, dass es erfahrungsgemäß auch in der Wirksamkeit des Vorbringens einen erheblichen Unterschied macht, ob rechtliches Gehör vor einer bevorstehenden Entscheidung gewährt wurde, oder ob man im Nachhinein versuchen muss, die bereits getroffene Entscheidung wieder zu beseitigen⁶⁸.

Indes entspricht die Regelung im Justizmodernisierungsgesetz selbst diesen Anforderungen nicht. Die Feststellungen des Strafgerichts sind für das Zivilgericht nach § 415 a I JuMoG zunächst bindend. Zwar lässt § 415 II ZPO JuMoG die Möglichkeit zum Gegenbeweis zu, jedoch nur auf einen begründeten und nicht auf einen lediglich zu begründenden Antrag. Letzteres würde nur zu einer Beweislastumkehr führen. Ersteres macht den Weg zu einer erneuten Beweisaufnahme aber erst frei, wenn die Partei, gegen die die Feststellungen des Strafurteils wirken, Gründe angeben kann, die – die Gesetzesbegründung nimmt ausdrücklich auf § 520 III Nr. 3 ZPO Bezug⁶⁹ – Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung im angefochtenen Urteil begründen. Richterlicher Maßstab für die Beurteilung soll § 529 I Nr. 1 ZPO sein⁷⁰. Gelingt es daher der Partei nicht, be-

reits mit ihrem Beweisantrag konkrete Zweifel zu wecken, ist sie – soweit nicht Partei des Strafverfahrens – mit ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör ausgeschlossen, also zum bloßen Objekt obrigkeitlicher Entscheidung über ihre Rechte geworden.

3. Das arbeitsrechtliche Geheimverfahren als Legitimationsgrund?

Eine Rechtfertigung für die Bestimmung ergibt sich entgegen der Gesetzesbegründung⁷¹ auch nicht aus dem so genannten „arbeitsgerichtlichen Geheimverfahren“⁷². Nach § 2 II BetrVG sind im Betrieb vertretene Gewerkschaften, die mindestens einen Arbeitnehmer des Betriebs zum Mitglied haben, dort Zutrittsberechtigt⁷³. Bestreitet das Unternehmen diese Voraussetzung, hat die Gewerkschaft zu beweisen, dass eines ihrer Mitglieder Arbeitnehmer des betreffenden Betriebs ist⁷⁴. Regelmäßig wollen die Gewerkschaften im arbeitsgerichtlichen Verfahren ihr Gewerkschaftsmitglied nicht als Zeugen benennen, weil sie Repressalien gegen das Gewerkschaftsmitglied durch den Arbeitgeber befürchten⁷⁵. Das BAG hat daher zugelassen, dass die Gewerkschaft die Vertretung im Betrieb durch eine notarielle Urkunde (Tatsachenbescheinigung) nachweist. Der Notar beurkundet darin, dass eine namentlich nicht genannte Person, die sich durch einen Reisepass auswies, in Begleitung eines Gewerkschaftssekretärs bei ihm war und ihm einen Bankauszug vorlegte, aus dem die Gehaltszahlung des verklagten Arbeitgebers sowie die Beitragszahlung als Gewerkschaftsmitglied hervorging. In einer Kammerentscheidung nahm das BVerfG die Verfassungsbeschwerde hiergegen nicht an⁷⁶.

Weder die Entscheidung des BAG noch die Entscheidung des BVerfG rechtfertigen die in der Begründung des Gesetzentwurfs gezogenen Schlüsse. Zunächst lässt sich mit guten Gründen die Verfassungskonformität der Entscheidung des BAG – trotz der Nichtannahmeentscheidung des BVerfG – zumindest für diejenigen Fälle anzweifeln, in denen keine Anhaltspunkte für Repressalien bestehen⁷⁷. In jedem Fall aber konnte das BAG zwischen zwei verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen eine Abwägung vornehmen, nämlich einerseits die Verfahrensgrundrechte des Arbeitgebers und die in Art. 9 III GG

59) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. (1974), S. 166; Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43) S. 425.

60) Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 29 ff., 60 f.

61) Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), S. 130, 156, 161.

62) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 425; Gaul, in: Festschr. f. Fasching (o. Fußn. 10), S. 167.

63) Schumann, in: Festschr. f. Böttcher (o. Fußn. 5), S. 289 ff.

64) Zum Zusammenhang zwischen rechtlichem Gehör, Richtigkeit der Entscheidung und Feststellungswirkung, Kralik, Die Vorfrage im Verfahren (1953), S. 125 f.

65) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 460.

66) BVerfGE 7, 95 (99); BVerfGE 9, 89 (98); Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl. (2002), Vorb. § 916 Rdnr. 38; Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 460.

67) Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. (1994), Vorb. § 128 Rdnrn. 45 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43) S. 460; vgl. auch BVerfG, NJW 1987, 2500 (2501).

68) Stein/Jonas/Leipold, ZPO (o. Fußn. 67), Vorb. § 128 Rdnr. 45.

69) BT-Dr 15/1508, S. 51.

70) BT-Dr 15/1508, S. 118 f.

71) BT-Dr 15/1508, S. 51 f.

72) Prütting/Weth, DB, 1989, 2273; Walker, in: Festschr. f. Egon Schneider, 1997, S. 147 ff.

73) Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Auffarth, BetrVG, 21. Aufl. (2002), Rdnr. 43.

74) Walker, in: Festschr. f. Egon Schneider (o. Fußn. 72) S. 149 m. w. Nachw.

75) BAG, NJW 1993, 612 (614); Grunsky, ArbuR 1990, 105 (108).

76) BVerfG, NJW 1994, 2347.

77) Walker, in: Festschr. f. Egon Schneider (o. Fußn. 72), S. 170 ff.

geschützte Koalitionsfreiheit des Gewerkschaftsmitglieds⁷⁸. Eine solche verfassungsrechtliche Prinzipienkollision⁷⁹ ist aber bei § 415 a ZPO JuMoG nicht erkennbar und wird auch nicht behauptet.

Schließlich kommt der notariellen Tatsachenbescheinigung nicht jene Wirkung zu, welche ihr die Entwurfsbegründung zuschreibt⁸⁰. Grundsätzlich ist im Rahmen von § 418 ZPO zwischen wirkenden öffentlichen Urkunden und Urkunden anderen Inhalts zu unterscheiden. Wirkende öffentliche Urkunden verkörpern den zu beweisenden Vorgang selbst. Als Beispiel kann hierfür z. B. ein in der Urkunde verkörperter Verwaltungsakt dienen⁸¹. Die bezeugenden Urkunden berichten über außerhalb der Urkunde liegende Umstände. Sie erbringen zwar den vollen Beweis für die bezeugten Tatsachen, setzen jedoch das materielle Beweisrecht nicht außer Kraft. D. h. die inhaltliche Richtigkeit der bezeugten Tatsachen nimmt nicht an der Wirkung des § 418 ZPO teil, vielmehr verbleibt es diesbezüglich bei der freien richterlichen Beweiswürdigung i. S. von § 286 ZPO⁸². Bezogen auf die Tatsachenerklärung bedeutet dies, dass sich aus der Urkunde lediglich die Vorlage eines Kontoauszugs mit dort verzeichneten bestimmten Zahlungseingängen ergibt. Hingegen liefert die Urkunde keinen Beweis dafür, dass der vorgelegte Kontoauszug den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht⁸³ oder der Arbeitnehmer gar beim entsprechenden Arbeitgeber beschäftigt ist. Folgerichtig hat daher auch das BVerfG in seiner Nichtannahmeentscheidung den geringeren Beweiswert des mittelbaren Beweises betont⁸⁴.

4. Trägt das Justizbeschleunigungsgesetz den Bedenken Rechnung?

Die Regelung des Justizbeschleunigungsgesetzes stößt auf vergleichbare Bedenken. Zunächst führt § 286 III ZPO JuBeG wohl auch in den Fällen zu einer Bindungswirkung, in denen keine der Parteien sich auf die Feststellungen des Strafurteils berufen will⁸⁵. Entgegen der Annahme von *Oehlerking*⁸⁶ lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift aber auch nicht entnehmen, dass diese lediglich auf die auch im Strafverfahren beteiligten Personen beschränkt ist. Zwar ist der Begründung des Gesetzentwurfs zuzustimmen, dass eine weitergehende Wirkung in Friktion mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs kommen würde; alleine die Regelungstechnik vermag dies jedoch nicht sicher zu stellen⁸⁷. Die Formulierung „aus demselben Sachverhalt“ wirft regelungstechnisch bereits die Frage auf, was damit gemeint sein soll: der zivilrechtliche Streitgegenstandsbegriff⁸⁸ oder der strafrechtliche Tatbestand⁸⁹? Die Erfassung des realen Lebenssachverhalts mit all seinen „gewaltigen Zahlen von Zügen und Eigenschaften“⁹⁰ ist nicht möglich. Folglich gilt es immer, aus dem Rohsachverhalt den entscheidungsrelevanten Sachverhalt herauszuarbeiten. Dabei kann erst auf Grund der einschlägigen materiellen Rechtsnormen aus dem Rohsachverhalt der entscheidungserhebliche Sachverhalt gewonnen werden. Umgekehrt ermöglicht erst der sich konkretisierende Rohsachverhalt die Auswahl der entscheidungserheblichen Normen⁹¹. Da der Sachverhalt ohne die anzuwendenden materiellen Normen nicht hinreichend identifiziert werden kann, kann man in einem technischen Sinne kaum von „demselben Sachverhalt“ sprechen.

Richtigerweise geht die Begründung des Justizbeschleunigungsgesetzes davon aus, dass Bindungswirkung auf die am Strafverfahren beteiligten Personen beschränkt sein soll; daher darf im folgenden Beispielsfall keine Bindungswirkung eintreten: Der angestellte Statiker S berechnet die Statik eines Hauses falsch. Als das Haus deshalb einstürzt, werden mehrere Menschen verletzt. Der Statiker wird wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt. Zwar können die Geschädigten als Nebenkläger nach § 395 I Nr. 1 c StPO an dem Verfahren teilnehmen, nicht aber die Firma A, bei der S angestellt war. Liegt nun i. S. von § 286 III ZPO JuBeG nicht derselbe Sachverhalt vor, wenn die Geschädigten die Firma A in Anspruch nehmen?

V. Das Justizmodernisierungsgesetz und das Justizbeschleunigungsgesetz – ein Beitrag zur Effizienz und zum Opferschutz?

Die beiden Gesetzesvorhaben werden ganz wesentlich mit den Argumenten der Effizienzverbesserung (dazu u. 1) und des Opferschutzes (dazu u. 2) gerechtfertigt⁹². Allerdings ist mehr als fraglich, ob die geplanten Neuregelungen hierzu einen sinnvollen Beitrag leisten können, oder ob sich nicht deren Wirkung in genau das Gegenteil verkehrt. Dies liegt vor allem an den Rückwirkungen der geplanten Bindungswirkung der strafrichterlichen Entscheidungen im Zivilprozess auf den Strafprozess selbst.

1. Effizienz

Der erste Pfeiler, auf den sich die Begründung beider Gesetzentwürfe stützt, ist die „Effizienz“ der Justiz, also die Beschleunigung des Zivilverfahrens. Jedoch wird sich die Dauer des Strafprozesses durch die geplante Bindungswirkung erheblich verlängern und damit die bei den Zivilgerichten gewonnene „Effizienz“ lediglich auf Kosten der Strafgerichte verschoben werden.

a) Effizienzverlust durch strafprozessfremde Auswirkungen

Die Beteiligten des Strafverfahrens werden sich gezwungen sehen, sich nicht mehr ausschließlich auf die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten konzentrieren zu können, sondern bereits die beweisrechtlichen Konsequenzen für alle möglichen Folgeverfahren mit zu bedenken. Die Bindungswirkung betrifft nämlich nicht lediglich zivilrechtliche Folgeverfahren, sondern über § 48 II ArbGG auch arbeitsgerichtliche. Darüber hinaus weist die Entwurfsbegründung des JuMoG ausdrücklich darauf hin, dass diese über die Einfallsklauseln des § 98 VwGO und § 118 SGG die Bindungswirkung auch für das verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren bestehen wird⁹³. Über eine Ergänzung des § 82 FGO schließlich soll § 415 a ZPO JuMoG auch im finanzgerichtlichen Verfahren anwendbar sein⁹⁴.

Damit wird, was die Tatsachen betrifft – und darüber müsste jedenfalls der Strafrechtler sich eigentlich freuen –, der Strafprozess zum „Superprozess“, der Strafrichter zum „Superrichter“⁹⁵. Die Auswirkungen der im Strafprozess „für festgestellt erachteten Tatsachen“ auf die anderen Verfahrensarten sind aber nach den geplanten Regelungen für alle Beteiligten kaum mehr absehbar. Der Strafrichter muss eine viel größere Sorgfalt auf die Feststellung nebensächlicher Tatsachen verwenden.

78) Vgl. BAG, NJW 1993, 612, 614.

79) Allgemein hierzu Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 79 ff.

80) BT-Dr 15/1508, S. 51 f.

81) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 698.

82) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 701.

83) Vgl. auch LAG München, NJW 1989, 998.

84) BVerfG, NJW 1994, 2347.

85) In diesem Sinne bereits die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Dr 15/1491, S. 35.

86) Oehlerking, S. 30 in diesem Heft.

87) BT-Dr 15/1491, S. 30.

88) Zum Streitgegenstandsbegriff nur Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 531 ff.

89) Zum strafrechtlichen Tatbestand Engelhardt, in: KK-StPO (o. Fußn. 56), § 264 Rdnrn. 3 ff.

90) Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe, 2. Aufl., (1991), S. 419.

91) Bydlinski (o. Fußn. 90), S. 418 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 99 ff.

92) BT-Dr 15/1508, S. 28 f.; BR-Dr 397/03, S. 21.

93) BT-Dr 15/1508, S. 48.

94) Art. 7 JuMoG, BT-Dr 15/1508, S. 18 f.

95) Knauer/Chr. Wolf, StrFO 2003, 365.

Wird z. B. in einem Strafurteil lediglich auf Grund der Aussage des X und der Einlassung des Angeklagten festgestellt, dass auf Drängen des Angeklagten der X dem Y ein Darlehen in Höhe von 100 000 Euro mit einem jährlichen 10% Zins gewährt hat⁹⁶, kann diese Feststellung nicht nur Grundlage für eine zivilrechtliche Rückforderung nach § 488 I 2 BGB sein, sondern auch in einem Einkommenssteuerrechtsstreit bindend sein. Dies gilt eben nach § 415 a ZPO JuMoG auch dann, wenn die Tatsache der Darlehensgewährung keinerlei Einfluss auf die Schuldfrage hatte.

Das Beispiel zeigt schon, dass Sachverhaltsdarstellungen in Strafurteilen häufig recht ausführlich sind. Dies hat seinen Grund u. a. darin, dass das erstinstanzliche Gericht nicht – wie im Zivilprozess – lediglich den Sach- und Streitstand aus Sicht der letzten mündlichen Verhandlung ordnet, sondern die Tat aus der Sicht des Angeklagten, insbesondere vor dem Hintergrund von dessen Zielen und Motiven schildert⁹⁷. Soll der Strafrichter nunmehr auch für solche „Nebensächlichkeiten“ umfassend alle Beweismittel ausschöpfen, nur weil hier eine Bindungswirkung in einem späteren, zum Zeitpunkt des Strafverfahrens folglich noch ungewissen Verfahren eintreten könnte?

Nach der Entwurfsbegründung sollen Feststellungen zur Person ausdrücklich von der Bindungswirkung mit umfasst werden⁹⁸. Dies ist schon deshalb zu kritisieren, weil es durchaus umstritten ist, ob es sich bei „Feststellungen“ zu den persönlichen Verhältnissen um als „erwiesene“ Tatsachen i. S. des § 267 I StPO handelt⁹⁹. Im Regelfall werden diese ausschließlich auf die Aussage des Angeklagten selbst gestützt. Sie sind zudem ausschließlich strafzumessungsrelevant. Das Gericht wird auf die persönlichen Verhältnisse also weniger Sorgfalt verwenden als auf die Feststellung des Sachverhaltes, was per se gegen eine Bindungswirkung spricht. Hinzu kommt, dass diese „Feststellungen“ in Strafurteilen im Gegensatz zur Sachverhaltsdarstellung häufig recht knapp gehalten werden. In einem kürzlich beim LG München I ergangenen (allerdings gem. § 267 IV StPO abgekürzten) Urteil¹⁰⁰ heißt es wörtlich: „Der Angeklagte ist im Wesentlichen gesund“. Soll diese Formulierung nun tatsächlich Bindungswirkung in einem nachfolgenden Verfahren vor dem Sozialgericht haben? Oder soll die Feststellung in den persönlichen Verhältnissen „Die Ehe blieb kinderlos“¹⁰¹ wirklich mögliche Unterhaltsansprüche präjudizieren?

Auch der Strafverteidiger wird sich bei der Aufgabe, die Interessen seines Mandanten zu wahren, entschieden schwerer tun: Er muss sich künftig stets fragen, ob durch seine Verteidigungsstrategie nicht Schadenersatzansprüche gegen seinen Mandanten präjudiziert werden. Dies kann, insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren, auch bei für den Mandanten im Strafverfahren sinnvollem Beweis-antrag der Fall sein¹⁰². Dombek meint sogar, der Verteidiger könne Beweisangebote nur noch auf den zivilrechtlichen Haftungsprozess abzielend stellen¹⁰³.

Durch die Bindungswirkung – sowohl nach § 415 a ZPO JuMoG als auch nach § 286 III JuBeG – wird also auf Grund der aus Sicht des Strafprozesses sachfremden Auswirkungen und Prozessstrategien nahezu zwangsläufig eine zusätzliche zeitliche Belastung des Strafverfahrens bewirkt. Daher ist auch ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot im Strafverfahren¹⁰⁴ zu befürchten.

b) Effizienzverlust durch Rückgang des Rechtsmittelverzichts

Des Weiteren werden die geplanten Regelungen des § 415 a ZPO JuMoG bzw. des § 286 ZPO JuBeG die Bereitschaft zum Rechtsmittelverzicht wesentlich zurückgehen lassen und damit die durch abgekürzte Urteile bestehenden Effizienzvorteile reduzieren sowie die Rechtsmittelgerichte zusätzlich belasten. Denn Bindungswirkung

entfallen nur die Feststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils. Nachdem über die beiden Vorschriften zukünftig die Frage des Schadenersatzes bereits im Strafprozess vorentschieden wird, wird ein Verteidiger dem Angeklagten bei einer Verurteilung weitaus häufiger als bisher zur Ausschöpfung aller Rechtsmittel raten müssen. Nur so lässt sich die präjudizielle Wirkung des Strafurteils z. B. bis zum Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs verhindern. Umgekehrt wird auch der Anwalt des Nebenklägers bei einem Freispruch unbedingt zur Ausschöpfung der Rechtsmittel raten. Denn ein Verlust des Schadenersatzes dürfte auf Grund der engen Grenzen, die § 415 a ZPO JuMoG (und in abgeschwächter Form auch § 286 III ZPO JuBeG) einer erneuten Feststellung des Sachverhalts setzt, kaum mehr abwendbar sein.

c) Effizienzverlust durch zurückgehende Absprachebereitschaft

Schließlich kann die geplante Bindungswirkung das weitgehende Ende des „Deals“ im Strafverfahren bedeuten. Zwar wird die Absprache, die in jedem Stadium des Strafprozesses durchgeführt wird, häufig kritisch als „Handel mit der Gerechtigkeit“ angesehen. Unabhängig vom Grundsatzstreit um die Legitimität der Absprachen¹⁰⁵ ist jedoch ein Vorteil in jedem Fall in der gewonnenen Verfahrensbeschleunigung zu sehen, die sich durch die ersparte Hauptverhandlung auf Grund einer Absprache bereits im Ermittlungsverfahren bzw. durch eine abgekürzte Beweis-aufnahme (oder durch eine vollständige Abtrennung von Tatkomplexen nach §§ 154, 154 a StPO) im Hauptverfahren ergibt. Dieser Effizienzvorteil der Absprachen erhöht sich noch durch den üblicherweise nach einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzicht¹⁰⁶. Die inzwischen praeter legem entwickelte Praxis des Deals ist aus der überlasteten deutschen Justizwirklichkeit nicht mehr wegzudenken¹⁰⁷.

Trotz der Bemühungen des BGH, dem Deal ein rechtsstaatliches Gepräge zu geben¹⁰⁸, ist davon auszugehen,

96) Beispiel aus Brief der BRAK an Netzer vom 21. 5. 2003, S. 2 (<http://www.brak.de>).

97) M. Huber, Das Strafurteil, 1993, Rdnr. 62; Meyer-Göfner, NStZ 1988, 529 (530).

98) BT-Dr 15/1508, S. 51.

99) Vgl. einerseits M. Huber (o. Fußn. 97), Rdnr. 52; andererseits Engelhardt in: KK-StPO (o. Fußn. 56), § 67 Rdnr. 26.

100) Ur. des LG München I vom 28. 8. 03 – 9 KLS367 Js 4243 1/03.

101) S. das Beispiel bei Meyer-Göfner/Apl, Die Urteile in Strafsachen, 27. Aufl. (2003), Beiheft, Rdnr. 267.

102) Vgl. auch Steiniger, Konsequenzen des § 286 ZPO, in: Festschr. f. Matscher (1993), S. 476 (482 f.).

103) Dombek, BRAK-Mitteilungen 2003, S. 145.

104) Roxin (o. Fußn. 2), § 16 Rdnrn. 3 ff.

105) Vgl. die krit. Sicht zur Absprache bei Schünemann, Gutachten B, Verhandlungen des 58. DJT 1990, Bd. I; ders., NJW 1989, 1902; Rönnau, Die Absprache im Strafprozess, 1990; andererseits die „absprachefreundliche“ Sicht von Böttcher/Dahs/Widmaier, NStZ 1993, 68.; Schmidt-Hieber, DRiZ 1990, 321. Zur kaum mehr überschaubaren Diskussion vgl. etwa Landau/Eschelbach, NJW 1999, 321; Wolfslast, NStZ 1990, 409.

106) Zwar ist nach der Rechtsprechung des BGH die Vereinbarung eines solchen Rechtsmittelverzichts im Rahmen des Deals unzulässig (BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86). Dennoch bleibt ein auf Grund einer unzulässigen Absprache nach der Urteilsverkündung abgegebener Verzicht grundsätzlich wirksam (BGHSt 45, 51 (53) = NJW 1999, 2449). Diese Rechtsprechung ist jetzt durch einen Vorlagebeschluss des 3. Senates wieder in Bewegung geraten, vgl. BGH, NJW 2003, 3426.

107) Nach einer aus dem Jahre 1987 stammenden Umfrage sollen zwischen 10% bis 27% aller Erledigungen durch Urteile infolge einer Verständigung – verfahrensabkürzendes Geständnis gegen moderate Verurteilung – zustande gekommen sein (zit. nach Schünemann, NJW 1989, 1902). Diese Zahlen dürften – insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen – heute um ein Vielfaches überschritten sein.

108) Insbesondere in der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats aus dem Jahre 1997 BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86.

dass in praxi die Ermittlung des *wahren* Sachverhalts insbesondere auf Grund des Geständnisses als zentrales Beweismittel beim „ausgedachten Urteil“ immer mehr in den Hintergrund tritt¹⁰⁹.

Dies lässt sich an folgendem Beispiel verdeutlichen: Der Angeklagte X gesteht auf Grund eines Deals 20 Diebstähle bei verschiedenen Unternehmen. Im Rahmen der Absprache wurden bereits weitere 20 Fälle gem. §§ 154, 154 a StPO eingestellt. Zum Tathergang im Fall des Unternehmens B führt er aus, dass der Mitarbeiter Y des Unternehmens nach Ladenschluss eine von außen nicht zu öffnende Türe in Zusammenarbeit mit ihm kurz offen gelassen habe, durch die er das Unternehmen jeweils betreten habe. Auf Grund des Deals folgte das Gericht den Ausführungen des Angeklagten zum Tathergang, ohne Zeugen hierzu zu hören. Im Urteil wurde die Glaubwürdigkeit des Geständnisses ausführlich erörtert. Nach § 415 a ZPO JuMoG i. V. mit § 48 II ArbGG wäre das Arbeitsgericht in einem Kündigungsschutzprozess des Y gegen U an diese Feststellungen zum Tathergang im „gedachten“ Strafurteil gebunden. Die Staatsanwaltschaft könnte jedoch das gegen Y eingeleitete Ermittlungsverfahren ohne weiteres nach § 170 II StPO einstellen.

Das Risiko, dass ein wegen der Absprache nur unzureichend ermittelter oder gar unrichtig „verzerrter“ Sachverhalt Bindungswirkung im Zivilverfahren erlangt, kann nicht im Interesse der Verfahrensbeteiligten sein. Wenn derzeit vor dem Ziel der schnellen Beendigung des Verfahrens eine Sachverhaltsverzerrung noch hinzunehmen sein mag, kann zukünftig weder der Verteidiger noch der Vertreter des Nebenklägers seinem Mandanten zuraten, eine Bindungswirkung auf Grund eines unwahren Sachverhalts zu riskieren¹¹⁰.

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, § 415 a ZPO JuMoG gelte nicht bei abgekürzten Urteilen, weil aus einem abgekürzten Urteil nicht ausdrücklich hervorgehe, ob das Gericht von der Richtigkeit der Feststellungen ausgehe¹¹¹. Gemäß § 267 IV StPO sind nämlich auch in einem abgekürzten Urteil die „erwiesenen Tatsachen“ anzugeben. Will der Gesetzgeber die Bindungswirkung für abgekürzte Urteile ausschließen, so bedarf es einer ausdrücklichen Regelung im Rahmen der Vorschrift über die Bindungswirkung.

d) Fehlende Bereitschaft zur Einstellung nach § 153 a StPO

Die geplante Bindungswirkung wird auch nicht ohne Rückwirkung auf das Verhalten des Beschuldigten bzw. Angeklagten bei einer angebotenen Einstellung gem. § 153 a StPO – sei es nach Absprache oder im Rahmen der klassischen Diversion¹¹² – bleiben. Zwar lösen die Einstellungsentscheidungen (genauso wenig wie ein Einstellungsbeschluss gemäß § 204 StPO) eine Bindungswirkung nach § 415 a ZPO JuMoG bzw. § 286 III ZPO JuBeG aus¹¹³. Denn ein Einstellungsbeschluss ist kein rechtskräftiges Strafurteil i. S. von § 415 a ZPO JuMoG bzw. § 286 III ZPO JuBeG¹¹⁴. Bislang stimmt ein Beschuldigter einer Einstellung gem. § 153 a StPO häufig jedoch auch dann zu, wenn er von seiner Unschuld überzeugt ist und eigentlich mit einem Freispruch rechnet, weil er sich damit eine langwierige öffentliche strafrechtliche Hauptverhandlung mit all ihren negativen publizistischen und privaten Auswirkungen ersparen kann¹¹⁵. Zukünftig kann der Verteidiger in solchen Fällen zu einer Zustimmung des Beschuldigten nicht mehr unbedingt raten. Er muss vielmehr die Konsequenzen des Strafverfahrens und dessen wahrscheinlichen Ausgang gegen den mit einem Freispruch gewonnenen absoluten Beweisvorteil im Zivilverfahren abwägen. Hält er diesen für schlagend, so muss er zwingend dem Mandanten die Hauptverhandlung zumuten und auf den Freispruch hinarbeiten. Denn nur

damit entfalten die festgestellten Tatsachen Bindungswirkung.

2. Opferschutz

Die Einführung der Bindungswirkung soll – und zwar sowohl nach dem JuMoG¹¹⁶ als auch nach dem JuBeG¹¹⁷ – in erster Linie dem Opfer einer Straftat die Beweisführung bei der Erlangung von Schadenersatz erleichtern und damit der weiteren Stärkung des Opferschutzes dienen. Die Tendenz, das Opfer wieder in den Mittelpunkt des Straf- und Strafprozessrechts zu stellen, hat sich bekanntlich seit den 1980ern immer weiter verstärkt¹¹⁸. Die literarischen Äußerungen des Opfers *Reemtsma* haben dies weiter angeheizt und dazu geführt, dass das Opfer nunmehr auch bei der Grundsatzfrage nach dem Zweck der Strafe wieder verstärkt Beachtung findet¹¹⁹.

Die Verbesserung des Opferschutzes muss jedoch bezweifelt werden. Zum einen kann die geplante Bindungswirkung des Zivilgerichts an die Feststellungen des Strafurteils dazu führen, dass das Opfer auf diese Weise der dem Schutz des Opfers dienenden Beweiserleichterungen des Zivilprozesses verlustig geht (s. u. VI 1 f). Zum anderen entspricht die verfahrensrechtliche Stellung des Opfers im Strafverfahren bei weitem nicht der Rolle des Klägers im Zivilprozess. So besteht nur in den in § 395 StPO enumerativ aufgelisteten Straftatbeständen die Möglichkeit, sich als Nebenkläger dem Verfahren anzuschließen. In allen anderen Fällen, insbesondere als Verletzter einer Vermögensstraftat, bleibt das Opfer von der Hauptverhandlung ausgeschlossen.

Aber selbst in den Fällen, in denen die Nebenklage zugelassen ist, zeigen sich weitere Nachteile für den Verletzten. Für diesen kann eine Einstellung nach § 153 a II StPO insbesondere in komplexen Strafverfahren nunmehr nicht nur den „immateriellen Nachteil“ der Nichtbestrafung des Täters haben. Wird das Verfahren wie kürzlich im Fall *Eschede* deshalb eingestellt, weil eine Beweisaufnahme als zu komplex angesehen wird und diese das Verfahren weiterhin erheblich verzögern würde, so haben ja beide „Parteien“ – Angeklagter wie Verletzter – die Vorteile der Bindungswirkung gerade nicht auf ihrer Seite. Der Verletzte hat aber, selbst als Nebenkläger, nicht einmal Einfluss hierauf: Anders als der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft muss der Nebenkläger einer Einstellung nach § 153 a II StPO nicht zustimmen. Dieser verliert also unter Umständen durch den Einstellungsbeschluss den Vorteil der Bindungswirkung, ohne hiergegen etwas unternehmen zu können, zumal für ihn nicht einmal der Einstellungsbeschluss anfechtbar ist. Dem nach beiden Ent-

109) So überzeugend auch Pfeiffer, in: KK-StPO (o. Fußn. 56), Einl. Rdnrn. 29g, 29f der ausführt, es könne auf Grund des Interesses des Angeklagten an der schnellen Verfahrensbeendigung nicht ausgeschlossen werden, „dass ein (teilweises) Geständnis (teilweise) unrichtig ist.“

110) Vgl. dazu auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 62. Aufl. (2004), § 415 a Rdnr. 2, der das Problem allerdings durch eine großzügige Auslegung des § 415 a II ZPO JuMoG pragmatisch relativiert.

111) So aber die Begr. d. Entwurfs, BT-Dr 15/1508, S. 50.

112) Vgl. Kaiser/Schöck, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 5. Aufl. (2001) F. 7/Rdnr. 4.

113) Erst recht nicht die staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung gem. § 170 II StPO bzw. die Divisionsentscheidung gem. § 153 StPO.

114) A. A. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (o. Fußn. 110), § 415 a Rdnr. 4, der die Vorschrift vor ihrem Regelungszweck so versteht, dass zu den Urteilen auch Entscheidungen in Beschlussform zählen, insbesondere auch ein „Einstellungsbeschluss“.

115) Steininger, in: Festschr. f. Matscher, (o. Fußn. 102), S. 476, 482.

116) BT-Dr 15/1508, S. 50 f.

117) BT-Dr 397/03, S. 32.

118) Vgl. nur Schöck, NSZ 1984, 335; Hirsch, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 699 ff.

119) S. zunächst den Roman von Reemtsma, Im Keller, 1997, S. 215 f.; sowie ders., Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, 1999 (dazu Knauer, MSchKrim 83 [2000], S. 54 ff.); sowie Hassemer/Reemtsma, Das Verbrechenopfer, 2002; zum Ganzen auch Kilching, NSZ 2002, 57.

wurfsbegründungen zielgebenden Opferschutz dient das jedenfalls nicht¹²⁰. Dass das BVerfG die Verfassungsbeschwerde der *Eschede*-Opfer auch in diesem Fall nicht zur Entscheidung angenommen hätte¹²¹, darf zumindest bezweifelt werden.

Deals im Strafverfahren werden zudem oft auch im Interesse des Opfers geschlossen. So wird etwa, um Opfern von Sexualstraftaten die nochmalige Traumatisierung durch die Aussage in Anwesenheit des Täters zu ersparen, häufig eine solche Absprache getroffen. Angenommen, in einem Verfahren von 27 Fällen wegen sexuellen Missbrauchs (etwa §§ 174 a oder 174 c StGB) strebt das Gericht aus diesem Grund einen Deal „Geständnis gegen Strafmilderung“ und Abtrennung von 20 Fällen nach §§ 154, 154 a StPO bei Rechtsmittelverzicht aller Beteiligten an. Vor dem Hintergrund der geplanten Bindungswirkung kann der Opferanwalt seiner Mandantin hier trotz der Gefahr der Traumatisierung durch die neuerliche Zeugenaussage wohl nicht zuraten, sich dem Deal anzuschließen. Denn hierdurch kann es – insbesondere vor dem Hintergrund der Abtrennung und des sicherlich gegenüber der Zeugenaussage „weniger drastischen“ Geständnisses – über die Bindungswirkung zu einem deutlich geringerem Schmerzensgeldanspruch im nachfolgenden Zivilprozess kommen. Dass für die abgetrennten Fälle noch Schadenersatz vor dem Zivilgericht eingeklagt werden kann, ist zwar theoretisch richtig, weil hier ja gerade keine Bindungswirkung eintreten würde. Dennoch wird sich in einem Zivilprozess, in dem für einen Teil des Anspruchs eine Bindungswirkung eingetreten ist, in praxi der Anspruch für die restlichen Fälle kaum durchsetzen lassen.

Es braucht nicht noch zusätzlich betont werden, dass durch die Präjudizierung des Schadensersatzes die oben bereits befürchteten Verlängerungen des Strafverfahrens nicht nur zu Lasten des Angeklagten, sondern auch zu denjenigen des Opfers im Sinne einer weiteren seelischen Belastung gehen können.

Als weiteres Zwischenfazit bleibt festzuhalten: Die Ziele „Effizienz“ und „Opferschutz“ sind nach alledem mit den geplanten Regelungen zur Bindungswirkung schwerlich zu erreichen: Hinzu kommt, dass sich in vielen der oben dargestellten Konstellationen der Verteidiger zukünftig einem Haftungsrisiko aussetzt.

VI. Systembrüche

1. Bei der Bindung des Zivilgerichts an die Tatsachenfeststellung im Strafprozess

a) Derzeitige Rechtslage

Nach der derzeitigen Rechtslage bestehen für den Zivilrichter keine Bindungswirkungen an die strafrichterlichen Feststellungen¹²². Zwar können die Feststellungen des Strafrichters in seinem Strafurteil im Zivilprozess verwertet werden, unterliegen aber der freien Beweiswürdigung des Zivilrichters¹²³. Schlosser weist nunmehr¹²⁴ zutreffend darauf hin, dass hierbei nicht das Strafurteil an sich im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden kann¹²⁵, sondern nur die Geschehnisse, über die im Strafurteil berichtet wird und die der strafrichterlichen Beweiswürdigung zu Grunde liegen. Hierzu zählt z. B. die Mitteilung, der Zeuge X habe eine bestimmte Aussage gemacht¹²⁶. Daher kann der Ansicht des OLG Koblenz¹²⁷ und des OLG Köln¹²⁸ nicht gefolgt werden, dass in der Regel den strafrichterlichen Feststellungen zu folgen sei, sofern nicht gewichtige Gründe für deren Unrichtigkeit sprächen¹²⁹. Eine derartige Richtschnur wäre mit der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO nicht vereinbar¹³⁰.

Zu klären bleibt, worauf die fehlende Bindungswirkung des Strafurteils im Zivilprozess beruht. Hebt § 14 II Nr. 1 EGZPO lediglich diejenigen landesrechtlichen Bestimmungen auf, die eine ansonsten nicht bestehende Bindungswirkung des Zivilrichters an ein Strafurteil anordnen, oder darüber hinaus auch eine ansonsten bestehende Bindungswirkung des Strafurteils¹³¹?

Die fehlende Bindungswirkung wird häufig auf eine in § 14 II Nr. 1 EGZPO hineingelesene positive Anordnung zurückgeführt¹³². Jedoch bedarf es aus zwei Gründen keines Rückgriffs auf § 14 II Nr. 1 EGZPO, um zu begründen, warum die Zivilgerichte nicht an die Entscheidungen der Strafgerichte gebunden sind. Der erste Grund ergibt sich aus dem inhaltlichen Umfang der materiellen Rechtskraft des Strafurteils. Die materielle Rechtskraft der Strafurteile umfasst, wie im Zivilrecht auch, nicht die tatsächlichen Feststellungen, auf denen das Strafurteil beruht¹³³. Der zweite Grund, der gegen eine Bindungswirkung spricht, ist weitaus gewichtiger. Die präjudizielle Bindungswirkung des Strafurteils ist an die subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft gebunden¹³⁴.

b) Umkehrung der Beweislast

Gelingt es im Zivilprozess nicht, den Nachweis der entscheidungserheblichen Tatsachen zu führen, so muss das Gericht gleichwohl eine Entscheidung treffen. Die Entscheidung des Gerichts beruht in diesen Fällen auf der objektiven Beweislast¹³⁵. Die Beweislast regelt, zu welchen Lasten die Nichtbeweisbarkeit der entsprechenden Tatsachen geht. Dabei wird diese von einer negativen Grundregel bestimmt, die besagt, dass jede Partei die Beweislast

120) In diesem Zusammenhang ist an den Hinweis von Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 62 ff., 70, zu erinnern, das im Zivilprozess eine Verbesserung der Aufklärungspflicht nicht mit einer von den Parteiaktivitäten losgelösten richterlichen Untersuchungspflicht zu erreichen ist.

121) BVerfG, 27. 8. 2003 – BvR 911/03.

122) BGH, NJW 1983, 1739; BGH 26. Januar 1989, Az: X ZR 100/87 – Juris DokNr. KORE403 128 915; Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 52; M. Wolf, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. (2001), Art. 14 EGZPO Rdnr. 4; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 22. Aufl. (2002), Art. 14 EGZPO Rdnrn. 3 f.

123) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (o. Fußn. 110), § 14 EGZPO Rdnr. 1; Zöller/Gummer, ZPO (o. Fußn. 46) § 14 EGZPO Rdnr. 2; OLG Köln, FamRZ 1991, 580.

124) Vgl. hierzu auch Stein/Jonas/Schlosser, 20. Aufl. (1988) und 21. Aufl. (1994), § 14 EGZPO Rdnr. 2.

125) So aber die Formulierung bei Zöller/Gummer (o. Fußn. 46), § 14 Rdnr. 2.

126) Stein/Jonas/Schlosser (o. Fußn. 66), § 14 EGZPO Rdnr. 3.

127) OLG Koblenz, AnwBl. 1990, 216.

128) OLG Köln, FamRZ 1991, 580.

129) Zu Unrecht schreibt das OLG Koblenz die Kommentierung in Stein/Jonas (o. Fußn. 124), 20. Aufl., § 14 EGZPO Rdnr. 2, welcher es folgt, Leipold zu.

130) Die Entscheidung des LG Essen, MDR 1947, 68, auf die sich sowohl Stein/Jonas/Schlosser (o. Fußn. 124), 20. Aufl., § 14 Rdnr. 2, als auch das OLG Koblenz, AnwBl. 1990, 216 beruft, stützt deren Ansicht nicht. Dort ging es lediglich um die Widerlegung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB.

131) Vgl. zum Meinungsstand Gaul, in: Festschr. f. Fasching (o. Fußn. 10), S. 161 ff.

132) BGHZ 9, 329 (332); RGZ 62, 340 (344); Gottwald, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 50), § 322 Rdnr. 70; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. (1998), § 322 Rdnr. 300.

133) Löwe/Rosenberg/Rieß, StPO, 25. Aufl. (1999), Einl. Abschn. J, Rdnr. 103; Roxin, StrafprozessR (o. Fußn. 2), § 50 Rdnr. 10; Bruns, Zur Feststellungswirkung des rechtskräftigen Strafurteils, in: Festschr. f. Eb. Schmidt (1961), S. 602 ff.; Hellwig, System des deutschen ZivilprozessR, Teil 1, (1912), S. 788; Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, (1914), S. 14; Allgemein zum Umfang der Rechtskraft BGHZ 13, 265 (279) = NJW 1954, 1073; vgl. zur Österreichischen Diskussion Nowakowski, ÖJZ 1948, 546 und Rechberger, in: Festschr. f. Gaul (o. Fußn. 37) S. 539, 547 f.

134) Gaul, in: Festschr. f. Fasching (o. Fußn. 10), S. 164.

135) Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 670 f.

für die Voraussetzungen der ihr günstigen Normen trägt¹³⁶. Hiervon gibt es zahlreiche gesetzliche und richterrechtlich entwickelte Ausnahmen. Eine Systematisierung der Ausnahmetatbestände zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen System von Beweislastprinzipien ist allerdings bislang noch nicht gelungen¹³⁷. Jedenfalls führt die neu zu schaffende Regelung des § 415 a ZPO JuMoG bzw. § 286 III ZPO JuBeG zu einer Verschiebung der Beweislast gegenüber dem derzeit bestehenden Regelungssystem. Dies kann anhand von zwei Beispielen veranschaulicht werden:

- Nach § 280 I BGB hat der Gläubiger die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung und den hierdurch kausal verursachten Schaden. Hingegen trägt grundsätzlich der Schuldner die Beweislast, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat¹³⁸. Hat ein Handwerker bei Baumaßnahmen die Baustelle nicht ordnungsgemäß abgesichert und verletzt sich deshalb der Bauherr, stellt die Nichtabsicherung einerseits eine Pflichtverletzung i. S. von § 280 BGB dar. Zugleich ist aber auch der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung, § 230 StGB, betroffen. Erfolgt nun im Strafverfahren ein Freispruch vom Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung, weil dem Handwerker kein Schuldvorwurf zu machen sei, wird nach den geplanten Neuregelungen die Beweislast des § 280 BGB umgedreht. Entgegen der Vorschrift hat nun der Bauherr das Verschulden des Handwerkers nachzuweisen.
- Ärztliche Behandlungsfehler können regelmäßig neben zivilrechtlichen Haftungsfolgen auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen¹³⁹. Im Strafprozess gibt es dabei keine beweisrechtlichen Besonderheiten. Ganz anders hingegen im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess. So begründen zwar Dokumentationsmängel für sich genommen keinen Anspruch des Patienten gegen den Arzt. Weil aber die fehlende Dokumentation es dem Patienten erschweren kann, dem Arzt einen Behandlungsfehler nachzuweisen, wird dem Patienten zum Ausgleich dieser Erschwerung eine Beweiserleichterung durch die Rechtsprechung zugestanden¹⁴⁰. Vergleichbares gilt bei Befunderhebungs- oder Befundsicherungsversäumnissen¹⁴¹.

Die künftigen Neuregelungen würden dazu führen, dass die im Arzthaftungsrecht entwickelten Beweislastgrundsätze zum Teil in ihr Gegenteil verkehrt würden, wenn der beklagte Arzt vor dem Zivilprozess in einem Strafprozess freigesprochen werden würde.

Der mit § 415 a ZPO JuMoG bzw. § 286 III ZPO JuBeG zu schaffende Eingriff in die Beweislaststrukturen reicht damit wesentlich weiter als die Interventionswirkung im Folgeprozess bei der Streitverkündung und Nebenintervention. Bei der Streitverkündung und Nebenintervention wird nämlich der unterschiedlichen Beweislastverteilung im Hauptprozess und Folgeprozess Rechnung getragen. Verliert die Hauptpartei den Hauptprozess lediglich deshalb, weil sie in einem bestimmten Punkt, der nicht aufgeklärt werden konnte, beweisbelastet ist, tritt im Folgeprozess die Bindungswirkung nicht ein, wenn der Dritte diesbezüglich nicht beweisbelastet ist¹⁴².

c) *In dubio pro reo und Wahrunterstellung*

Wenn der Gesetzentwurf zum JuMoG die Bindungswirkung auf die im Strafurteil „für erwiesen erachteten Tatsachen“ erstreckt, so bestehen auch hier Inkompatibilitäten:

Denn der im Strafrecht geltende Grundsatz „in dubio pro reo“ kann u. U. zu einem Beweisergebnis führen, welches einem im Zivilprozess gewonnenen Ergebnis nicht entspreche.

Zwar ist der Satz „im Zweifel für den Angeklagten“ nach Auffassung des BGH¹⁴³ keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die erst nach abgeschlossener Beweiswürdigung zur Anwendung kommt, wenn das Gericht nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag.

Jedoch wird dies zum einen in der Praxis der Strafgerichte nicht immer beachtet und die Regel bereits bei der Beurteilung eines Einzelindizes angewandt¹⁴⁴. Zum anderen führt auch die Anwendung auf die unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsachen nach Beweiswürdigung selbst zu Problemen: So ist z. B. in einem Betrugsfall eben auch die Feststellung, ob ein Vermögensschaden vorliegt, nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu treffen. Soll nun diese im Strafprozess nach dessen Regeln für den Angeklagten in günstigem Umfang zu treffende Entscheidung eine die Bindungswirkung entfaltende Tatsache sein?

M. Huber¹⁴⁵ hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Ausführungen in der Entwurfsbegründung¹⁴⁶, § 415 a ZPO JuMoG gelte nicht für Einlassungen des Angeklagten, die das Gericht lediglich habe nicht ausschließen können und die deshalb zu seinen Gunsten zu berücksichtigen seien, nicht weiterhelfen. Denn diese – aus der Vorschrift keineswegs zu entnehmende – Ausnahme von der Bindungswirkung bezieht sich weder auf den schweigenden Angeklagten noch auf den Fall, dass die dem Angeklagten günstigste Variante einer Zeugenaussage letztlich den Ausschlag für die richterliche Überzeugungsbildung gibt.

Der Problematik versucht offenbar auch die Bundesregierung Rechnung zu tragen, wenn sie (in ihrer Gegenäußerung auf die Stellungnahme des Bundesrates) nochmals betont, Feststellungen, die „nur“ „in dubio pro reo“ getroffen oder als wahr unterstellt worden seien, unterfielen der Bindungswirkung nicht¹⁴⁷. Dies ergibt sich aber eben nicht aus der Formulierung des § 415 a ZPO JuMoG, der insoweit nur von den im Strafurteil „für erwiesen erachteten Tatsachen“ spricht. Dass eine Annahme nach dem Zweifelsgrundsatz getroffen wurde, ist nämlich erst der Beweiswürdigung zu entnehmen. In den Feststellungen wird schlicht die Tatsache so geschildert, wie sie das Gericht nach Anwendung des Zweifelsgrundsatzes anzunehmen hatte¹⁴⁸. Zudem ist die Behauptung, Urteile, die „nicht mit hinreichender Genauigkeit zwischen erwiesenen und lediglich als wahr unterstellten Tatsachen unterschieden“, verstießen gegen § 267 I StPO¹⁴⁹, in diesem Zusammenhang unrichtig. Denn die Urteilsgründe müssen sich mit einer als wahr unterstellten Beweistatsache gerade nicht immer auseinandersetzen¹⁵⁰. Die Wahrunter-

136) Ursprünglich plante der Gesetzgeber eine entsprechende Bestimmung in das BGB aufzunehmen, hat diese Bestimmung aber, weil sie lediglich eine bloße Selbstverständlichkeit regelt, schließlich weggelassen. Es handelt sich daher um stillschweigendes Gesetzesrecht, vgl. Stein/Jonas/Leipold (o. Fußn. 132), § 286 Rdnr. 40.

137) Rosenbergs/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 43), S. 673.

138) Jauernig/Vollkommer, BGB, 10. Aufl. (2003), § 280 Rdnr. 23 ff.

139) Zur Einordnung der ärztlichen Tätigkeit als tatbestandsmäßige Körperverletzung, Knauer, in: Roxin/Schroth/Knauer/Niedermair, MedizinstrafR, 2. Aufl. (2001), S. 11, 13 ff.

140) BGHZ 99, 391 (396) = NJW 1987, 1482; Laufs, Hdb. d. ArztR, 3. Aufl. (2002), § 111 Rdnrn. 4 ff.

141) BGHZ 99, 391 (396 ff.) = NJW 1987, 1482; BGH, NJW 1996, 1589; BGH, NJW 1998, 1780; BGH, NJW 1999, 860.

142) Schilken in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 50), § 68 Rdnr. 16.

143) BGH, NStZ 2001, 609.

144) Vgl. den Beitrag des ehemaligen BGH-Richters Foth, NStZ 1996, 423, der diesen Fehler sogar dem BGH nachweist.

145) ZRP 2003, 271.

146) BT-Dr 15/1508, S. 50.

147) BT-Dr 15/1508, S. 119.

148) M. Huber (o. Fußn. 97), S. 42.

149) BT-Dr 15/1508, S. 119.

150) Sondern nur, wenn die Beweiswürdigung ohne die Auseinandersetzung lückenhaft wäre, vgl. Herdegen, in: KK-StPO (o. Fußn. 56), § 244 Rdnr. 96; Meyer-Göfner/Appl, Die Urteile in Strafsachen, 27. Aufl. (2003), S. 349; BGH, NJW 1961, 2096.

stellung erkennt man im Regelfall nicht aus dem Urteil, sondern aus dem Beweisantrag mit dem ablehnenden Beschluss (§ 244 VI StPO)¹⁵¹.

Die Folgerung aus der Neuregelung könnte nach alledem nur sein, entweder den Aufbau des strafrechtlichen Urteils so zu ändern, dass bereits in den Feststellungen die Anwendung der Zweifelssätze und Wahrunterstellungen dargelegt wird. Dies wäre jedoch ein echter Fremdkörper in den Tatsachenfeststellungen des Strafurteils. Oder aber der Zivilrichter müsste gezwungen werden, in seinem Verfahren nicht nur die Feststellungen und Beweiswürdigungen, sondern auch die Beweisanträge und Beschlüsse zur Ermittlung der Bindungswirkung heranzuziehen. Dies ginge jedoch auf Kosten der Effizienz.

d) Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess versus Grundsatz „nemo tenetur“

Im Strafprozess gilt uneingeschränkt der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“¹⁵². Hieraus folgt nicht nur ein Schweigerecht des Angeklagten, sondern auch sein Recht zur Lüge, welches nur durch das materielle Strafrecht begrenzt ist¹⁵³. Im Gegensatz hierzu unterwirft § 138 ZPO die Parteien des Zivilprozesses einer Wahrheitspflicht. Nach richtiger Ansicht reicht der Grundsatz „nemo tenetur“ nicht in das Zivilverfahren hinein¹⁵⁴. Im Zivilverfahren muss eine Partei (anders als der Zeuge, § 384 Nr. 2 ZPO) also auch dann wahrheitsgemäß vortragen, wenn damit die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung entsteht¹⁵⁵. Folge hiervon ist, dass im Zivilverfahren eine weitergehende Erklärungspflicht besteht als im Strafverfahren. Auch dies kann zu einem Auseinanderfallen der Beweisergebnisse führen.

e) Unterschiedliches Zeugnisverweigerungsrecht

Probleme können auch auf Grund der unterschiedlichen Regelungen des Zeugnisverweigerungsrechts entstehen¹⁵⁶. Dies gilt etwa dann, wenn im Strafverfahren Zeugen vernommen werden, die eines der in § 52 StPO enumerativ genannten Näheverhältnisse zum Opfer haben. Im Zivilprozess hätten diese Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 ZPO. Dies gilt aber auch für die Fälle der §§ 384 Nr. 1 und Nr. 3 ZPO. Die Tatsache, dass dem Zeugen oder einer im Näheverhältnis stehenden Person ein unmittelbarer Vermögensschaden erwachsen würde¹⁵⁷, oder die Verletzung eines „Kunst- und Gewerbegeheimnisses“ führt im Strafprozess nicht zu einem Zeugnisverweigerungsrecht. Nun können aber trotz der Verwertbarkeit solcher Aussagen im Strafprozess diese nicht einfach als festgestellte Tatsachen dem Zivilverfahren zu Grunde gelegt werden. Ein hieraus gewonnener Beweis wäre ohne Belehrung im Zivilprozess rechtsfehlerhaft erhoben und nicht verwertbar. Folge muss sein, dass eine Bindungswirkung für solche Tatsachen nicht bestehen kann¹⁵⁸. Es bleibt ja völlig unklar, ob der Zeuge im Zivilverfahren von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hätte. M. Huber stellt insofern zu Recht die Frage, ob der Zivilrichter in diesen Fällen etwa prüfen müsse, ob die konkrete Feststellung nur auf der Zeugenaussage beruht oder ob der Strafrichter sich davon auch auf Grund anderer Indizien eine Überzeugung verschaffen konnte? Zudem könnte man sich fragen, ob etwa der Strafrichter bereits über das Zeugnisverweigerungsrecht in einem – ja nur evtl. stattfindenden – Zivilprozess belehren muss?

f) Unterschiedliches Kognitionsinteresse und materielle Unterschiede

Es wurde bereits aufgezeigt (s.o. V 2), dass die Umwandlung des Rohsachverhalts in den entscheidungs-

erheblichen Sachverhalt in einem hermeneutischen Zirkel erfolgt. Der zu beurteilende Sachverhalt bestimmt die anzuwendenden Rechtsnormen, wobei der Sachverhalt seine endgültige Fassung wiederum erst durch die anzuwendenden Rechtsnormen erhält¹⁵⁹. Folglich wird das Kognitionsinteresse in einem Prozess ganz wesentlich vom anzuwendenden Recht her bestimmt. Im Strafprozessrecht hingegen wird der prozessuale Tatbegriff als vom materiellen Recht weitgehend unabhängig angesehen bzw. eine Kombination von faktischer und normativer Betrachtungsweise befürwortet¹⁶⁰. Jedenfalls bestimmt das materielle Recht über die für die Subsumtion erforderliche Sachverhaltsermittlung in der Wirklichkeit beider Prozessarten den Gegenstand des Verfahrens. Gerade deshalb sind beide Prozessarten nicht parallelisierbar.

Dieser Unterschied zwischen Zivilrecht und Strafrecht spiegelt sich auch in der materiellen Beurteilung ein und desselben Lebenssachverhalts wider. Auch dies macht eine Bindungswirkung bedenklich. So verwendet das Strafrecht einen anderen Fahrlässigkeitsbegriff als das Zivilrecht. Während im erstgenannten Rechtsgebiet jedenfalls nach herrschender Meinung noch eine subjektive Bestimmung dieses Begriffs erfolgt, wird im Zivilrecht ein objektiver Fahrlässigkeitsbegriff verwendet¹⁶¹. Bei komplexen Lebenssachverhalten wie etwa in Produkthaftungsfällen kann hierdurch eben auch schon die Ermittlung des Tatbestands zu unterschiedlichen Sichtweisen der jeweiligen Prozessarten führen, weil die normative Beurteilung die tatsächlichen Feststellungen beeinflusst¹⁶². Ein auf Grund seiner Komplexität und der in einem Unternehmen bestehenden Verantwortungsdiffusion eingetretener Schadensfall kann deshalb nach derzeitiger Sicht durchaus einerseits dazu führen, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht festgestellt werden kann, andererseits aber eine zivilrechtliche Haftung bejaht wird. Aus Sicht des Geschädigten ist hier die Bindung an die strafrechtlichen Feststellungen kontraproduktiv.

g) Protokollierung

Im Zivilprozess sind nach § 160 III Nr. 4 ZPO die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen sowie die Parteiaussagen, soweit sie Beweismittel nach § 445 ZPO sind, ins Protokoll aufzunehmen und nach § 162 ZPO zu genehmigen. Vergleichbares gilt nicht im Strafprozess, wo der Wortlaut einer Aussage gem. § 273 III StPO nur ausnahmsweise (von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei) dann protokolliert werden muss, wenn es auf die Feststellung eines Vorgangs innerhalb der Hauptverhandlung oder den Wortlaut der Aussage ankommt.

151) M. Huber, ZRP 2003, 271.

152) Gefolgt wird dieser Grundsatz einerseits aus §§ 136 I 2, 243 IV 1 StPO, andererseits ist aber der Verfassungsrang von „nemo tenetur“ aus dem Rechtsstaatsprinzip gefolgt worden, vgl. BVerfGE 56, 37 (43) = NJW 1981, 1431.

153) Vgl. Pfeffer, in: KK-StPO (o. Fußn. 56), Einl. Rdnr. 89.

154) BGHZ 41, 318 (322) = NJW 1964, 1469, Peters, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 50), § 138, Rdnr. 15; Zöller/Greger (o. Fußn. 46) § 138 Rdnr. 12; Stürmer, NJW 1991, 1759.

155) Dass die Aussage im Zivilprozess dann in einem etwaigen Strafverfahren unverwertbar sein kann, ist eine andere Frage, vgl. BVerfGE 56, 37 (39) = NJW 1981, 1431.

156) Hierauf weist auch M. Huber, ZRP 2003, 272 hin.

157) Beispielsweise der „Mehrverkehrszeuge“ im Abstammungsprozess (BGH, NJW 1990, 2758).

158) M. Huber, ZRP 2003, 272.

159) Larenz/Canaris (o. Fußn. 91), S. 101.

160) Vgl. nur Roxin (o. Fußn. 2), § 20 Rdnr. 5.

161) Vgl. Jescheck/Weigend, Strafr. AT, 5. Aufl. (1996), S. 563 ff. Auch im Strafrecht objektiviert sich der Begriff zusehends, vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl. (1997), § 24.

162) Vgl. hierzu BGH, NJW 1983, 121 (123).

Etwas anderes gilt derzeit noch vor dem Strafrichter und dem Schöffengericht, § 273 II StPO (diese Vorschrift soll jedoch nach dem Justizbeschleunigungsgesetz aufgehoben werden). In allen anderen Strafverfahren können die wesentlichen Inhalte einer Aussage nur dann aus den Urteilsgründen entnommen werden, wenn ihnen im Rahmen der Beweiswürdigung Bedeutung beigemessen wird. Dies ist vor dem Hintergrund sowohl des § 415 a II ZPO JuMoG als auch des § 286 III ZPO JuBeG problematisch. Eine Bindungswirkung soll nach der Regelung des Justizbeschleunigungsgesetzes bereits entfallen, wenn der Zivilrichter Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung des Strafurteils hat. Ohne ausführliche Protokollierung sind solche Zweifel jedenfalls deutlich problematischer zu wecken. Insbesondere die Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung könnte wohl nur durch das Wortprotokoll nachvollzogen werden. Gleichfalls bietet ein Wortprotokoll bessere Ansatzpunkte, den nach § 415 II ZPO JuMoG anzubietenden Gegenbeweis zu führen.

2. Bei der Verwertung der Zeugenaussagen

a) Derzeitige Rechtslage

Eine § 250 StPO vergleichbare Vorschrift ist dem Zivilprozess fremd. Daher können Zeugenaussagen, die in anderen Verfahren getätigt wurden, im Wege des Urkundenbeweises in den Zivilprozess eingeführt werden¹⁶³. Die Urkundenwirkung bezieht sich dabei lediglich auf die Feststellung, dass der Zeuge in dem (Straf-) Verfahren die beurkundete Aussage getätigt hat, nicht jedoch auf den Wahrheitsgehalt der Aussage selbst. Dieser unterliegt der freien Beweiswürdigung. Beantragt eine Partei die unmittelbare Anhörung des Zeugen, so ist dieser einzuvernehmen¹⁶⁴.

b) Protokollierung

Schon heute muss im Zivilprozess der Zeuge nicht zwingend vom Prozessgericht vernommen werden. § 375 ZPO ermöglicht die Beweisaufnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter. § 374 ZPO JuMoG will darüber hinaus die Vernehmung der Zeugen durch die gerichtliche Vernehmung in einem anderen Verfahren ersetzen. Eine Ersetzung ist aber überhaupt nur denkbar, wenn eine vollständige Protokollierung der Zeugenaussage vorliegt. Eine solche ist aber, wie bereits aufgezeigt¹⁶⁵, im Strafverfahren nicht zwingend der Fall.

c) Befragungsrecht

Wird die Zeugeneinvernahme im Zivilprozess nicht durch das Gericht der Hauptsache selbst durchgeführt, sondern durch einen beauftragten oder ersuchten Richter, hat die Einvernahme gleichwohl in Parteiöffentlichkeit stattzufinden, § 375 ZPO. Das Fragerecht der Parteien nach § 397 ZPO ist gewahrt.

Im Strafprozess ist ein Fragerecht selbst des Nebenklägers nur im Rahmen der Hauptverhandlung vorgesehen (§ 397 I StPO i. V. mit § 240 II StPO). Ein Anwesenheits- und Fragerecht des Verletzten – geschweige denn eines von der vorgesehenen Bindungswirkung betroffenen Dritten – bei außerhalb der Hauptverhandlung stattfindenden Vernehmungen sieht die StPO hingegen nicht vor. Lediglich dem Rechtsanwalt des Nebenklägers ist bei richterlichen Vernehmungen außerhalb der Hauptverhandlung die Anwesenheit gestattet. Daher besteht zwischen der ursprünglichen geplanten Fassung von § 374 ZPO JuMoG¹⁶⁶ und § 357 bzw. § 375 ZPO ein Wertungswiderspruch. Auf Grund eines von der Bundesregierung übernommenen Änderungsvorschlags¹⁶⁷ des Bundesrats¹⁶⁸ ist der Systemwiderspruch allerdings etwas abgeschwächt. Nunmehr ist geplant, dass die Zeugenbefragung nicht mehr ersetzt werden kann, wenn eine Partei, welche nicht

an dem vorausgegangenen Strafverfahren beteiligt war, die Befragung durch das Prozessgericht beantragt.

Problematisch bleibt aber, dass der *Verfahrensbeteiligte* des Strafprozesses die erneute Zeugeneinvernahme nicht erzwingen kann. Die an den Zeugen zu stellenden Fragen können nämlich losgelöst von der jeweils mit unterschiedlicher Zielrichtung erfolgenden materiell-rechtlichen Beurteilung des Falles gestellt werden¹⁶⁹. Hinzu kommt, dass nach § 241 II StPO der Vorsitzende ungeeignete oder nicht zur Sache gehörende Fragen zurückweisen kann. Zur Sache in diesem Sinne gehören nur Fragen, die unmittelbar eine Beziehung zu der dem Angeklagten angelasteten Tat haben¹⁷⁰. Hierzu gehören jedoch bislang nicht solche Fragen, die lediglich auf einen zivilrechtlichen Haftungsprozess abzielen. Verschärft wird die Problematik noch durch den Umstand, dass nach der angestrebten Neuregelung überhaupt kein inhaltlicher Bezug zwischen dem Strafprozess und dem Zivilprozess, in welchem die Zeugenaussage verwertet werden soll, bestehen muss. Insofern verbleibt es entweder bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs oder der Strafprozess wird auch in der Zeugeneinvernahme mit hypothetischen zivilrechtlichen Fragen belastet.

d) Zeugnisverweigerungsrecht

Die oben (S. 43) bereits dargestellten unterschiedlichen Regelungen des Zeugnisverweigerungsrechts in Zivil- und Strafprozess werfen auch in diesem Zusammenhang Friktionen auf. Zeugenaussagen dürften nur dann verwertet werden, wenn im konkreten Zivilverfahren kein Zeugnisverweigerungsrecht bestanden hätte. Andernfalls käme es zu dem oben geschilderten Auseinanderklaffen der Zeugnisverweigerungsrechte in beiden Verfahrensarten.

3. Bei der Verwertung des Sachverständigengutachtens

a) Derzeitige Rechtslage

Auch Sachverständigengutachten können, wie Zeugenaussagen, in den Zivilprozess als Urkundenbeweis eingeführt werden¹⁷¹. Zwar handelt es sich der Sache nach um einen Sachverständigenbeweis, der aber in der äußeren Form des Urkundenbeweises erbracht wird¹⁷². Diejenige Person, die als Sachverständiger in dem Ausgangsverfahren begutachtet hat, wird durch die Verwertung ihres Gutachtens im Wege des Urkundenbeweises nicht selbst zum Sachverständigen in diesem Verfahren. Daher steht den Parteien auch nicht das Recht zu, den Gutachter nach § 406 ZPO abzulehnen, sondern nur der Weg offen, die Ernennung eines Sachverständigen zu beantragen¹⁷³.

b) Bewertung

§ 411 a ZPO JuMoG ordnet an, dass die schriftliche Begutachtung durch die Verwertung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden kann. Gegen die Bestimmung ergeben sich keine grundsätzlichen Bedenken. Es ist aber ergänzend auf folgende Punkte hinzuweisen: Zunächst stellt bereits die Gesetzesbegründung klar, dass die Bestimmung die verfahrensrechtlichen Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte

163) BGHZ 1, 214 (220) = NJW 1951, 440; BGH, MDR 1992, 803; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. (1997), § 284 Rdnr. 34; Zöller/Greger (o. Fußn. 46), § 355 Rdnr. 4.

164) BGH, MDR 1992, 803; Zöller/Greger (o. Fußn. 46), § 355 Rdnr. 4.

165) IV 1 g (o. S. 43).

166) BT-Dr 15/1508, S. 6.

167) BT-Dr 15/1508, S. 120.

168) BT-Dr 15/1508, S. 103.

169) Vgl. hierzu schon IV 1 f. (o. S. 43).

170) Tolksdorf, in: KK-StPO (o. Fußn. 56), § 241 Rdnr. 3.

171) BGH, NJW 2002, 2324; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. (1999), Vorb. § 402 Rdnr. 54.

172) Stein/Jonas/Leipold (o. Fußn. 171), Vorb. § 402 Rdnr. 54.

173) Stein/Jonas/Leipold (o. Fußn. 171), Vorb. § 402 Rdnr. 55.

der Parteien gegenüber dem regulären Sachverständigenbeweis (§ 402 ff. ZPO) nicht einschränken soll. Das Recht der Parteien, eine Ergänzung des Gutachtens und mündliche Erläuterung zu beantragen, § 411 III und IV ZPO, sowie das Recht, den Sachverständigen abzulehnen, § 406 ZPO, müssen erhalten bleiben.

Einen wesentlichen Fortschritt gegenüber der bestehenden Rechtslage wird die Neuregelung allerdings nicht mit sich bringen. Der BGH fordert nach der bisherigen Rechtslage die Einholung eines schriftlichen oder mündlichen Sachverständigengutachtens im Zivilprozess bereits dann, wenn die Ausführungen des im Wege des Urkundenbeweises vorgelegten Sachverständigengutachtens nicht ausreichen, um die von den Parteien in ihrem Vortrag angesprochenen Überlegungen und aufklärungsbedürftigen Fragen zum Beweisthema zu beantworten. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus dem Recht der Parteien, Fragen an den Sachverständigen zu stellen¹⁷⁴. Dieses Recht will der Gesetzentwurf nicht verkürzen¹⁷⁵. Darüber hinaus dürfte dieses Recht der Parteien auch verfassungsrechtlich in dem Anspruch auf rechtliches Gehör verbürgt sein, welches auch das Recht auf Beteiligung an dem Verfahren mit umfasst, in welchem das erkennende Gericht seine Sachkunde gewinnt¹⁷⁶. Schließlich wird sich häufig die Ergänzung des Gutachtens auch deshalb gebieten, weil auf Grund des unterschiedlichen Kognitionsinteresses die dem Sachverständigen im Strafprozess vorgelegte Fragestellung mit der im Zivilprozess nicht identisch ist¹⁷⁷.

VII. Rechtspolitische Empfehlungen

1. Das rechtliche Gehör begrenzt die Wirkung einer Verwerfungsmöglichkeit

Ausgangspunkt der Zulässigkeit und Reichweite jeder präjudiziellen Bindungswirkung des Strafurteils für den nachfolgenden Zivilprozess muss das rechtliche Gehör der Parteien des Zivilprozesses im Strafverfahren sein. Nur soweit dort rechtliches Gehör gewährt wurde, darf, vergleichbar der Nebenintervention und Streitverkündung, die Bindungswirkung reichen.

2. Stärkung des Adhäsionsverfahrens

Will man den Opferschutz verbessern, empfiehlt es sich, statt einer zumindest verfassungsrechtlich höchst problematischen und prozessrechtsdogmatisch äußerst schwierigen Bindungswirkung des Zivilrichters an die Erkenntnisse des Strafurteils das Adhäsionsverfahren zu stärken. Die Bundesratsmehrheit hat hierzu bereits Vorschläge im Entwurf des Justizbeschleunigungsgesetzes in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht¹⁷⁸. Die Bundesregierung hat ihre Vorstellungen zur Stärkung des Adhäsionsverfahrens bislang erst in einem Referentenentwurf¹⁷⁹ niedergelegt.

Zumindest ohne einen Ausbau des Adhäsionsverfahrens wird die geplante Regelung des § 415 a ZPO JuMoG bzw. § 286 III ZPO JuBeG dazu führen, dass die in der Praxis äußerst zarte Pflanze des Adhäsionsverfahrens wohl endgültig eingehen wird. Denn neben der nun obligatorischen Präjudizierung des Zivilprozesses durch die Bindungswirkung des Strafurteils ergibt das Adhäsionsverfahren keinen Sinn mehr. Zudem werden die Entscheidungen nach § 405 S. 2 StPO weiter zunehmen. Danach kann das Gericht die Durchführung des Adhäsionsverfahrens insbesondere mit der Begründung ablehnen, das Strafverfahren werde durch die Prüfung des Anspruchs verzögert.

Wesentlicher Schwachpunkt des gegenwärtigen Adhäsionsverfahrens ist, dass der Beschluss des Strafgerichts,

nach § 405 S. 2 StPO von einer Entscheidung über den Adhäsionsantrag abzusehen, weil es das Strafverfahren für ein Adhäsionsverfahren ungeeignet hält, nicht mit einem Rechtsmittel überprüft werden kann, § 406 a StPO. Die Beurteilung der Frage, ob das Strafverfahren für eine Adhäsionsentscheidung geeignet ist, steht lediglich im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts¹⁸⁰. Daher besteht stets die Gefahr, dass sich das Gericht hierbei auch von Überlegungen der eigenen Arbeitsbelastungssteuerung leiten lässt¹⁸¹.

Das Justizbeschleunigungsgesetz setzt hier an der richtigen Stelle an: Für die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person und das Leben wird diese Möglichkeit durch die im JuBeG neu geplanten Ergänzung des § 405 StPO durch einen S. 3 ausgeschlossen. Damit wird einer der Gründe für die geringe Bedeutung des Verfahrens in der Praxis jedenfalls für bestimmte Deliktgruppen ausgeschlossen.

Einen anderen, prozessrechtlich sinnvolleren Ansatz wählt hier der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums. Nach § 406 V des Entwurfs entscheidet künftig das Gericht nach Anhörung des Antragstellers durch Beschluss, von einer Entscheidung über den Adhäsionsantrag abzusehen. Gegen diesen Beschluss soll künftig nach § 406 a I StPO Referentenentwurf die sofortige Beschwerde zulässig sein. Damit ist eine Kontrolle der Entscheidung des Gerichts gewährleistet und der Gefahr der Selbststeuerung der Arbeitsbelastung sinnvoll entgegengewirkt.

Des Weiteren enthalten beide Entwürfe zusätzliche Verbesserungen des Adhäsionsverfahrens, welche dem Interesse des Opfers, eine schnelle materielle Wiedergutmachung zu erhalten, entgegenkommen. So hat künftig das Strafgericht auf gemeinsamen Antrag des Verletzten oder seines Erben¹⁸² einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten¹⁸³. Die Möglichkeit eines Vergleichs über die vermögensrechtlichen Ansprüche des Opfers im Strafverfahren wird (allerdings nur deklaratorisch)¹⁸⁴ in beiden Entwürfen ausdrücklich angesprochen¹⁸⁵. Gleichfalls sehen beide Entwürfe die Einführung des Anerkenntnisurteils im Strafverfahren vor¹⁸⁶. Schließlich sprechen sich beide Entwürfe für die Einführung der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Anspruchs nach den Regeln der ZPO aus¹⁸⁷.

174) BGH, NJW 2002, 2324; BGH, NJW 1997, 3381; BGH, NJW 1995, 1294.

175) BT-Dr 15/1508, S. 49.

176) Vgl. Schulze, Die Verwendung von Sachverständigengutachten als Urkunden und das Fragerecht der Beteiligten im Verwaltungsprozess, NVwZ 2000, 1367 (1371).

177) Vgl. hierzu BGH, NJW 1983, 121 (123).

178) BT-Dr 15/1491, S. 8.

179) Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz), Stand: 28. 7. 2003, vgl. auch BT-Dr 15/1491, S. 36.

180) Engelhardt, in: KK-StPO (o. Fußn. 56) § 405 Rdnr. 1.

181) Zu weiteren Gründen wie etwa praxispsychologischen Barrieren, Nichtberücksichtigung der Adhäsion im Pensenschlüssel, schlechte Bezahlung des Anwalts nach § 89 BRAGO vgl. Schöck, in: Alternativkommentar zur StPO, 1996, Vorb. § 403 Rdnr. 7; Prinz von Sachsen Gessaphe, ZZP 1999, 3 (10 ff.).

182) Das Antragsrecht des Erben sieht nur der Referentenentwurf vor.

183) § 404 a I StPO JuBeG, BT-Dr 15/1491, S. 8 und § 405 I StPO Refe Opferrechtsreformgesetz.

184) Dies war bereits bisher möglich, da der gerichtliche Vergleich lediglich vor „einem Gericht“ erklärt werden muss, vgl. Engelhardt, in: KK-StPO (o. Fußn. 56), § 405 Rdnr. 12.

185) § 404 a I StPO JuBeG, BT-Dr 15/1491, S. 8 und § 405 I StPO Refe Opferrechtsreformgesetz.

186) § 404 a II StPO JuBeG, BT-Dr 15/1491, S. 8 und § 406 II StPO Refe Opferrechtsreformgesetz.

187) § 406 II StPO JuBeG, BT-Dr 15/1491, S. 8 und § 406 III 2 StPO Refe Opferrechtsreformgesetz.

Das Adhäsionsverfahren vermeidet die dargestellten Nachteile der Bindungswirkung in Bezug auf das rechtliche Gehör, weil dieses allen an der Adhäsion Beteiligten gewährt wurde; sie wirkt insoweit nur „inter partes“. Zwar ist zuzugeben, dass auch dieses Verfahren zu einer Verlängerung des Strafverfahrens führen kann, insbesondere wenn es um die Feststellung der Höhe des Anspruchs geht¹⁸⁸. Dem trägt jedoch der Referentenentwurf zum Opferrechtsreformgesetz gleichfalls in sinnvoller Weise Rechnung, indem er die Möglichkeit vorsieht, lediglich ein Grundurteil zu erlassen¹⁸⁹. Selbstverständlich ist auch damit nicht die zusätzliche Belastung der Strafverteidigung durch das Adhäsionsverfahren zu vermeiden.

Das Adhäsionsverfahren muss über die Vorschläge des Justizbeschleunigungsgesetzes und des Referentenentwurfs zum Opferrechtsreformgesetz hinaus noch konsequenter weiterentwickelt werden. Hierzu zählt z. B., dass die Bindung der Adhäsion an den strafrechtlichen Schuldspruch aufgegeben sowie die negative Sachentscheidung zugelassen wird¹⁹⁰. Auch sollte schon alleine wegen Art. 6 I EMRK die Möglichkeit in § 406 a II 2 StPO beseitigt werden, dass über das Rechtsmittel des Angeklagten gegen die Adhäsionsentscheidung in nichtöffentlicher Sitzung entschieden wird.

Diese Lösung ist dann wesentlich opferfreundlicher als die geplante Bindungswirkung bei Vermeidung der Nachteile für den Angeklagten und Dritte. Auf § 286 II ZPO JuBeG bzw. § 415 a ZPO JuMoG kann dann aber verzichtet werden.

3. Auslegungsmöglichkeiten

Neben der Forderung, die oben dargestellten Regelungsschwächen zu beseitigen, muss im Falle des In-Kraft-Tretens der Bindungswirkung nach § 415 a ZPO JuMoG zumindest bei der geplanten Neuregelung folgende Aus-

legung berücksichtigt werden: Dabei ist zunächst zwischen denjenigen Fällen, in denen die antragstellende Partei (des Zivilverfahrens) im Strafverfahren rechtliches Gehör hatte, und denjenigen, in denen dies nicht erfolgte, zu unterscheiden. In Letzteren muss jeder Antrag nach § 415 a II ZPO JuMoG als begründet angesehen werden, weil das Strafgericht die Argumente des Antragstellers nicht kannte. Auch würde sonst ein Wertungswiderspruch zu § 374 II ZPO JuMoG in der vom Bundesrat vorgeschlagenen¹⁹¹ und von der Bundesregierung übernommenen Fassung¹⁹² bestehen. Für den Fall der Verwertung der Zeugenaussage aus einem anderen Verfahren räumt der Gesetzentwurf der im anderen Verfahren nicht beteiligten Partei nunmehr das Recht ein, eine erneute Zeugenbefragung stets verlangen zu können.

Im ersten Fall muss bereits der nachvollziehbare Vortrag, die für den Zivilprozess relevanten Feststellungen des Strafurteils seien unrichtig, für die Begründetheit des Antrags genügen¹⁹³, wenn hierfür solche Gründe vorgebracht werden, die sich auf die oben dargestellten Inkompatibilitäten stützen: Dies muss insbesondere für alle Feststellungen gelten, die über die tragenden Gründe des Strafurteils hinausgehen¹⁹⁴. Dementsprechend muss der Richter in § 286 II S. 2 ZPO JuBeG in diesen Fällen stets erneut Beweis erheben.

188) Prinz von Sachsen Gessaphe, ZZP 1999, 3 (15).

189) § 406 I, S. 2 StPO Referentenentwurf Opferrechtsreformgesetz.

190) Eingehende Reformvorschläge etwa bei Brokamp, Das Adhäsionsverfahren, 1990, S. 173 ff. und Köckerbauer, Das Adhäsionsverfahren, 1993, S. 188 ff. sowie – unter Berücksichtigung der französischen Regelung – Prinz von Sachsen Gessaphe, ZZP 112 (1999), 3 ff.

191) BT-Dr 15/1508, S. 106.

192) BT-Dr 15/1508, S. 120.

193) Restriktiv in diesem Zusammenhang auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (o. Fußn. 110), § 415 a, Rdnrn. 8 f.

194) Anders offenbar Netzer, S. 28 in diesem Heft.